DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº52

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© Lex Nova 2011

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E–mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 777–1998
ISSN 1139–4951
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por
Miguel Sánchez Morón,
con la colaboración de Henar del Olmo y
Jaime Barbero del Departamento de
Producción Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

DIRECTOR

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

SECRETARÍA TÉCNICA

MARGARITA BELADIEZ ROJO
Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva

ANTONIO EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL REBOLLO PUIG
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO
(de los artículos enviados)

ESTANISLAO ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

LUIS ARROYO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

XABIER AROZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

RAFAEL BUSTOS
Profesor Titular de Derecho Público. Universidad de Salamanca

MIGUEL CASINO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

FEDERICO CASTILLO BLANCO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

EDORTA COBREROS
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

ELOY COLOM PIAZUELO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ALFREDO GALÁN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ROBERTO GALÁN VIOQUE
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

AGUSTÍN GARCÍA URETA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

FELIPE IGLESIAS
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

IÑAKI LASAGABASTER
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

ORIOL MIR
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ENCARNACIÓN MONTOYA
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

OCTAVIO SALAZAR
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

BEATRIZ SETUAIN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: NOTAS PARA UNA NUEVA REFLEXIÓN.
Ángel Menéndez Rexach 7

NUEVOS CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS Y AUTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL.
Carmen Chinchilla Marín 25

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
Ortega Álvarez, L. (coord.).; Moreno Molina, J.A.; Maeso Seco, L.F.; Sánchez Rodríguez, F.; Morcillo Moreno, J.; Punzón Moraleda, J.; Magán Perales, J.M.; Gallego Córcoles, I. 53

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS
García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Casona Usera, R.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, I.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; García Vitoria, I.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Alonso Sanz, L.; González Pascual, M.I.; Rosino Calle, R. ... 75

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Casona Usera, R.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, I.; Brage Camazano, J.; García Vitoria, I.; Díaz Crego, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Hernández Ramos, M.; Queralt, A.; Rosino Calle, R.; González Pascual, M.I. 85

IV. FUENTES DEL DERECHO
De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 113

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A. 125

Página

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V., Casino Rubio, M. 139

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A. 159

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire; J.A.; Guichot Reina, E. 183

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina; E.; Carrillo Donaire, J.A. 197

X. FUNCIÓN PÚBLICA
Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Desdentado Daroca, E. 205

XI. URBANISMO
Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A. 221

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL
Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Setuain Mendia, B.; Valcárcel, P. 227

XIII. MEDIO AMBIENTE
Embid Irujo, A (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuain Mendia, B.; Valcárcel, P. 263

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO
Tornos Mas, J. (coord.); Mollevi i Bortolo, J.; García Retortillo, R.; Vilalta Reixach, M. .. 289

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD
Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E. 297

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES
Alcantarilla Hidalgo, F.J. 307

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS
Menéndez Sebastián, E.M. (coord.) 335

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: NOTAS PARA UNA NUEVA REFLEXIÓN[1]

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución española: notas para una nueva reflexión

El trabajo se propone aportar algunos elementos de reflexión que permitan construir con mayor solidez la potestad reglamentaria del Gobierno y su delimitación frente a las disposiciones dictadas por la Administración. La separación constitucional entre Gobierno y Administración como instituciones con sustantividad propia impide afirmar que los reglamentos sean «actuación administrativa» y, a la inversa, que las disposiciones administrativas sean «reglamentos». Sin embargo, no se extraen las consecuencias en el plano normativo, porque se siguen utilizando como sinónimas las expresiones «reglamentos», «disposiciones generales» y «disposiciones administrativas de carácter general». La potestad reglamentaria del Gobierno tiene un fundamento constitucional, pero no está claro cuál es el fundamento de la potestad normativa de la Administración. También hay que diferenciar las disposiciones administrativas, que son normas, y las instrucciones y órdenes de servicio, que son formas jurídicas susceptibles de diversos contenidos.

Palabras clave: reglamento, potestad reglamentaria, gobierno, disposiciones administrativas, instrucciones y circulares.

ABSTRACT

The Government's rule making power in the spanish Constitution: notes for a new reflection

The study intends to contribute with some reflection elements that allow building with more solidity the Government's rule making power and its delimitation against the regulations issued by the Administration. The constitutional separation between Government and Administration as institutions with self independence prevents affirming that the regulations are «administrative proceedings» and, the opposite, that the administrative orders are «regulations». However, the consequences are not drawn within the regulatory framework, and expressions such as «regulations», «general orders» and «administrative orders of general nature» continue being used as synonyms. Government's rule making power has a constitutional foundation, but the foundation of the regulatory power of the Administration is not clear. It is also necessary to distinguish between the administrative regulations, which are rules, from the instructions and service orders which are legal forms susceptible of various contents.

Key words: regulation, rulemaking power, government, administrative orders, statements and circulars.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO.

II. SÍNTESIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

III. LA PRÁCTICA DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO.

(1) Este trabajo se publicará también en el Libro Homenaje al profesor J.J. GOMES CANOTILHO, con motivo de su jubilación en la Universidad de Coimbra.

IV. REGLAMENTOS DE ORGANIZACIÓN.

V. EL FUNDAMENTO DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN: LAS AUTORIZACIONES PARA EL DESARROLLO NORMATIVO.

VI. INSTRUCCIONES Y ÓRDENES DE SERVICIO.

I. PLANTEAMIENTO

Una de las debilidades más sorprendentes del Derecho público español, en el plano teórico, es la construcción de la potestad reglamentaria. Más de treinta años después de la promulgación de la Constitución de 1978, no tenemos una dogmática sólida, que distinga con la precisión exigible entre reglamentos (normas dictadas por el Gobierno) y disposiciones administrativas (normas dictadas por órganos administrativos)(2). La separación constitucional entre Gobierno y Administración como instituciones con sustantividad propia impide afirmar que los reglamentos sean «actuación administrativa» y, a la inversa, que las disposiciones administrativas sean «reglamentos», por mucho que se estire este concepto. Seguimos manejando una terminología acuñada en una época en que los órganos del Gobierno eran, a la vez, órganos superiores de la Administración del Estado y en la que no existía una separación institucional nítida entre Gobierno y Administración. En la actualidad, se da por supuesta la sustantividad de uno y otra como «instituciones constitucionalmente diferenciadas», pero no se extraen las consecuencias en el plano normativo, porque se siguen utilizando como sinónimas las expresiones «reglamentos», «disposiciones generales» y «disposiciones administrativas de carácter general».

Para la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia sólo hay «reglamentos» (= disposiciones generales), por un lado, e «instrucciones» y «circulares», por otro, que son de ámbito interno y a las que, en general, se niega carácter normativo. Pero un planteamiento coherente con la separación institucional entre Gobierno y Administración, debería partir de la premisa de que el término «disposiciones generales» es un género que comprende dos especies normativas: los reglamentos y las disposiciones administrativas. Éstas no deben confundirse con las «instrucciones» y «circulares» (u «órdenes de servicio»), que son «formas» jurídicas susceptibles de diversos contenidos (normas, directrices o simples recomendaciones). En principio, su eficacia se limita al ámbito interno, pero pueden tener carácter normativo y

(2) Para una visión general de la potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución, véase A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97. Funciones del Gobierno», en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española,* dirigidos por O. ALZAGA, tomo VIII, EDERSA, 1.ª edición, Madrid 1985, pp. 81-82 y, con mayor amplitud en la 2.ª edición de esta obra, Madrid 1998, pp. 190 y ss. El autor de este trabajo volvió sobre el tema, puntualizando algunas de las tesis en «Ley y Reglamento en España», en la obra colectiva *Derecho europeo comparado sobre Ley y Reglamento* coordinada por S. ROSADO PACHECO, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003, pp. 93 y ss. En este libro el profesor GALLEGO ANABITARTE, con el título «Potestad reglamentaria constitucional y legal» (pp. 11 y ss.), aporta nuevas consideraciones sobre el tema, en particular sobre la potestad reglamentaria de los ministros y el fundamento de la potestad normativa de los órganos administrativos, descartando que se pueda configurar como desconcentración de la potestad reglamentaria (pp. 43-46). Quien esto escribe abordó también frontalmente la distinción entre reglamentos y disposiciones administrativas en su prólogo al libro de E. MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid 2005, pp. 11 y ss. En este libro se citan numerosos ejemplos de disposiciones administrativas no reglamentarias.

eficacia general (*ad extra*), en cuyo caso se deben considerar disposiciones administrativas. Hay, pues, tres categorías diferentes: reglamentos, disposiciones administrativas e instrucciones y órdenes de servicio[3]. En la práctica, la mayor parte de las disposiciones que se dictan son reglamentos y emanan del Gobierno (Consejo de Ministros y Ministros), pero hay bastantes que son dictadas por órganos administrativos. Aunque su importancia no sea equiparable a la de los reglamentos, es importante tener conciencia clara de su fundamento y sus límites. No entraremos aquí en la cuestión de si se deben o no denominar reglamentos a las disposiciones dictadas por organismos dotados de especial autonomía (Banco de España, Agencia Española de Protección de Datos, etc.). El fundamento de la potestad normativa de estos organismos está en su ley reguladora y, en su caso, en la autorización del Gobierno para desarrollar determinadas materias[4]. Las disposiciones que dicten están sujetas al control de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La potestad reglamentaria del Gobierno tiene un fundamento constitucional (art. 97 CE). Pero, ¿cuál es el fundamento de la potestad normativa de la Administración? No está en la Constitución ni en las leyes administrativas generales (salvo en la LOFAGE para los organismos públicos). La facultad de dictar instrucciones y «órdenes de servicio» se establece en la LRJPAC (art. 21.1), pero este precepto no ofrece cobertura general a la potestad normativa de los órganos administrativos. Tampoco está regulado el procedimiento aplicable a la elaboración de disposiciones administrativas. No puede ser el del art. 24 de la Ley del Gobierno, que se refiere sólo a los reglamentos. Para el TS sólo existen reglamentos (=disposiciones generales), por un lado, e instrucciones y circulares (no normativas), por otro. No reconoce la existencia de las disposiciones administrativas como una especie normativa con sustantividad propia. El TC tampoco la ha identificado con claridad. Admite, correctamente, que las instrucciones y circulares pueden ser o no normativas, pero no ha elaborado una teoría de las disposiciones administrativas ni explicado cuál sea (si es que lo hay) el fundamento de la potestad normativa de la Administración.

No son éstas las únicas carencias de la teoría de la potestad reglamentaria. En el ámbito estricto de las normas merecedoras de esta denominación (las emanadas del Gobierno), hay demasiadas incertidumbres. ¿Son admisibles los reglamentos «independientes» o sólo los «ejecutivos»? ¿Necesita el Gobierno la autorización de las Cortes Generales para dictar un reglamento? ¿Y los ministros, la del Consejo de Ministros? ¿Cuáles son las «materias propias de su Departamento», que los Ministros pueden regular? ¿Puede un Ministro desarrollar parcialmente una ley si ésta le autoriza? El TC lo admite pero el TS parece que no, pues ha anulado, en ocasiones, por insuficiencia de rango, órdenes ministeriales dictadas en virtud de una ley. Año tras año los alumnos de las Facultades de Derecho se sorprenden de que los profesores no tengamos respuestas claras a preguntas tan elementales. Pero así es en realidad.

La articulación entre ley y reglamento se puede considerar resuelta, en términos generales. Depende del alcance de la reserva de ley en la materia de que se trate, lo que conduce

---

(3) Un intento de redefinición de las disposiciones administrativas como categoría dogmática en E. MELERO ALONSO, ob. cit., pp. 204 y ss.

(4) Por ejemplo, Disposición Final 1.ª del RD 2606/1996, de 20 de diciembre, en la redacción dada por el RD 771/2011, de 3 de junio (BOE del 4).

a un cierto relativismo[5]. No hay «reserva reglamentaria»[6], porque la ley puede regular cualquier materia y con el grado de detalle que se considere adecuado, siempre dentro del respeto a la reserva de ley. Pero no está tan claro si son admisibles los reglamentos «independientes» (*praeter legem*) ni en qué materias. A primera vista, la respuesta no puede ser más obvia: sólo podrán dictarse en materias no reservadas a la ley. Sin embargo, el TS los admite, sorprendentemente, en ámbitos en que hay una reserva legal de distinta intensidad.

La reserva de ley es, pues, el criterio clave para resolver los problemas de articulación entre la ley y el reglamento. Pero no hay criterio para diferenciar el contenido de los reglamentos y las disposiciones administrativas. En la práctica el criterio parece ser puramente formal: la autorización de un órgano superior. Puede ser el legislador o el Consejo de Ministros, pero, con mayor frecuencia, es el Ministro quien, al dictar un reglamento, autoriza a uno o varios órganos administrativos para que adopten las «disposiciones» (o «medidas» o «resoluciones») necesarias para su desarrollo y aplicación. Pero no están claros el fundamento y los límites de estas autorizaciones, a veces *per saltum* y, con mayor frecuencia, «en cascada», para el desarrollo normativo. Este problema de límites no se visualiza, quizá, porque no afecta al control por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Para la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa la expresión «disposiciones generales de rango inferior a la Ley» (art. 1.1 LJCA) equivale a reglamentos. «No toda actuación administrativa (…) se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos», dice su Exposición de Motivos. Sin embargo, es evidente que los reglamentos no son «actuación administrativa», sino del Gobierno y así resulta inequívocamente del art. 106.1 CE, que separa ambos supuestos.

Las Directrices de Técnica Normativa vigentes[7] no aportan luz alguna para resolver el problema. Más bien, lo oscurecen al fijarse únicamente en las «formas» jurídicas utilizadas para la emanación de los diversos actos a los que se aplican («anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley y de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración»). No hay criterio alguno de distinción entre los actos normativos y los que no lo son (también se aplican a los RRDD de nombramientos y ceses) ni, por descontado, entre reglamentos y disposiciones administrativas.

El presente trabajo se propone aportar algunos elementos de reflexión que permitan construir con mayor solidez la potestad reglamentaria del Gobierno y su delimitación frente a las disposiciones dictadas por la Administración. Que los órganos administrativos dictan normas es incuestionable a la vista del BOE. También lo es, en mi opinión[8], que esas

---

(5) «La distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia»: STC 18/1982, FJ 3. Dos monografías de referencia son J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria,* Civitas, Madrid 1991 y R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria,* Ariel, Barcelona 1988.

(6) «En todo caso, resulta cierto que la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria» (*Ibidem* y también SSTC 73/2000, FJ 15 y 270/2000, FJ 13).

(7) Aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE del 29).

(8) En el prólogo al libro de E. MELERO citado en la nota 2, quien esto escribe rectificaba expresamente su opinión, reflejada en trabajos anteriores, de que sólo hay reglamentos (del Gobierno), por un lado, e instrucciones y

normas no son sólo las que puedan aprobarse por vía de instrucciones y circulares ni, por tanto, se circunscriben al ámbito «interno» (expresión, por otra parte, más que problemática). Partiendo de esta realidad, nos corresponde a los juristas explicar el fundamento de esa potestad, sus límites frente a los reglamentos y el procedimiento para su aprobación. La hipótesis de que aquí se parte es que en el derecho vigente la Administración no tiene potestad normativa propia y que sólo puede ejercerla cuando le autoriza la ley o el Gobierno.

Haremos en primer lugar una rápida síntesis del estado de la cuestión en la jurisprudencia del TC y el TS (II). A continuación, daremos un repaso al BOE, para identificar «tipos» de reglamentos, porque la realidad no se deja encorsetar en el dualismo tradicional «ejecutivos»-«independientes» (III). En conexión con ello, examinaremos la pretendida sustantividad de los reglamentos de organización (IV). En la parte final del trabajo, haremos algunas consideraciones sobre el fundamento de las disposiciones administrativas (V) y su distinción frente a las instrucciones y órdenes de servicio (VI).

II. SÍNTESIS DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia constitucional

El TC ha establecido, correctamente, las relaciones entre la ley y el reglamento con base en las siguientes reglas: a) competencia legislativa ilimitada y consiguiente inexistencia de «reserva reglamentaria» (STC 273/200, que se remite a otras); b) competencia reglamentaria del Gobierno limitada por la reserva de ley[9]; c) respetando ese límite, la articulación entre ley y reglamento depende de criterios de oportunidad[10], si bien el reglamento se debe dictar como «complemento indispensable» de la ley por motivos técnicos o para optimizar sus mandatos (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, y 1/2003, de 16 de enero, FJ 3). En general, la regulación reglamentaria es adecuada para aspectos organizativos y prestacionales que requieren constante adecuación (STC 77/1985, de 27 de junio). Ahora bien, el TC no ha extraído, al menos de forma expresa, una consecuencia implícita en estas premisas: que en materias no reservadas a la ley ni reguladas por ella, el Gobierno puede dictar reglamentos (*praeter legem*) en virtud de la potestad que le atribuye la Constitución[11].

---

circulares, por otro. Frente a una postura dogmática de negar la admisibilidad de las disposiciones administrativas distintas de las instrucciones y circulares y, por tanto, con eficacia *ad extra,* consideraba necesario reconocer esa realidad y encauzarla (ob. cit., pp. 16-17).

(9) La reserva de ley no impide que las leyes «contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 14, por todas).

(10) «La distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia» (STC 18/1982, FJ 3).

(11) Así lo señaló un sector doctrinal entonces minoritario: A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97. Funciones del Gobierno», cit. en la nota 2, 2.ª edición, pp. 190 y ss. En la literatura reciente, M. SÁNCHEZ MORÓN afirma, correctamente, que «este tipo de reglamento es admitido en nuestro ordenamiento, pero sólo en aquellas materias sobre las que existe una reserva constitucional de ley» (*Derecho administrativo. Parte general*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid 2010, p. 192).

El TC, en su primera etapa, distinguió entre reglamentos «ejecutivos» y «de organización». Los primeros «están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento» (STC 18/1982, FJ 3). Los segundos no afectan, en principio, a los ciudadanos, salvo en la medida en que éstos se integren en la organización administrativa. El TC no entra a dilucidar si estos reglamentos de organización son «independientes», pero reconoce que «no aparecen necesariamente como complementarios de la ley»(12). La distinción entre ambos tipos de reglamentos permitió al TC desgajar de la competencia estatal sobre «legislación» los aspectos organizativos, que quedaban dentro de la competencia autonómica de «ejecución». En efecto, la citada Sentencia 18/1982 declaró que la competencia estatal sobre «legislación» (laboral) comprende los reglamentos ejecutivos, pero no necesariamente los de organización (FJ 5). Esta tesis ha respaldado la inclusión de la potestad reglamentaria para la organización de los servicios en la competencia autonómica de «ejecución» de la legislación en determinada materia(13).

A efectos del presente trabajo no es necesario entrar en el fondo del problema competencial que motivó la formulación de esta doctrina constitucional. Interesa subrayar la sustantivación del reglamento de organización como un tipo normativo que se une al tradicional del reglamento ejecutivo y que, a diferencia de éste, no es (necesariamente) complementario de la ley. En el marco de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el reglamento ejecutivo forma parte de la «legislación» (lo que es coherente con su carácter de complemento de la ley); el reglamento de organización, no. Obviamente, en las materias de competencia plena del Estado o de la Comunidad Autónoma, la distinción pierde trascendencia, porque el titular de la potestad legislativa lo será también de la reglamentaria en sus dos facetas, ejecutiva y de organización. La cuestión —que el TC no aborda— es si en esos supuestos también tiene sustantividad el reglamento de organización y, en caso afirmativo, cuáles serían las consecuencias.

El TC no ha intentado establecer tipos (o subtipos) de reglamentos ejecutivos en función de su grado de vinculación con la ley. Parece sostener que, en cuanto se apoya en una ley o en precepto legal, el reglamento ya es «ejecutivo». Como se verá después, esta calificación tiene un contenido amplísimo, incluyendo supuestos en que el reglamento invoca

(12) «(…) alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no en los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos con carácter general. Sin tratar la cuestión de si dichos reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente, cuestión que aquí no es necesario resolver, hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente como complementarios de la ley» (STC 18/1982, FJ 3).

(13) El Estatuto de Autonomía del País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre) estableció que «las funciones de ejecución comprenden la potestad de administración, así como, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes» (art. 20.4). Una fórmula más matizada fue la del primer Estatuto de Andalucía (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre). Atribuía esa competencia «de conformidad con las normas reglamentarias de carácter general que (…) dicte el Estado» (art. 41.4). El nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) configura la potestad reglamentaria en su conjunto como competencia de «ejecución», pero la diferencia de la función ejecutiva, que incluye la potestad de organización (art. 112). Sin embargo, la STC 31/2010 (FJ 61) ha declarado que la potestad reglamentaria a que se refiere el citado precepto estatutario está limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica. No puede entenderse como potestad reglamentaria de alcance general para la ejecución de la normativa del Estado.

una ley, en la que se apoya, pero su contenido material no supone desarrollo de aquélla, porque se refiere a aspectos no regulados en la norma superior.

Tampoco hay en la jurisprudencia constitucional un intento de caracterización de las disposiciones administrativas como un tipo de norma diferente de los reglamentos. Utiliza el término genérico «disposiciones generales», que contrapone, correctamente, al de «actos administrativos» o «resoluciones», para determinar la naturaleza (normativa o no) de los «actos jurídicos de la Administración», pues lo relevante es su contenido no la forma de manifestación (Real Decreto, Orden, etc.). Este criterio es aplicable a las Instrucciones y Circulares, que pueden ser normativas o meros actos internos sin carácter normativo (STC 27/1983, de 20 de abril, FJ 2)(14). Esta tesis debe matizarse, a mi juicio, porque las instrucciones y órdenes de servicio pueden ser normativas, aunque su eficacia sea puramente interna. Lógicamente, todo depende de lo que se entienda por «norma». Si ésta es un acto jurídico creador de derecho objetivo, su naturaleza jurídica dependerá de ese dato no de su ámbito de aplicación (externo o interno). Hay muchas normas de ámbito interno, que no por ello dejan de serlo (por ejemplo, las normas de régimen interior de los órganos colegiados y todas las normas de ordenación académica de las Universidades)(15).

2. Tribunal Supremo

A diferencia del TC, que, como hemos dicho, no ha abordado frontalmente la cuestión, el TS ha admitido sin reservas la existencia de reglamentos «independientes» en materia de organización administrativa y en las relaciones de especial sujeción(16). En estos reglamentos no es preceptivo el informe del Consejo de Estado, porque no se dictan para la ejecución de leyes estatales. Esta doctrina del TS se ha mantenido inalterada en la etapa posconstitucional, pese a las críticas doctrinales, basadas en que las citadas materias están reservadas a la ley, con diferente intensidad: relativa en cuanto a la composición del Gobierno (art. 98.1, que se remite a la ley respecto a los «demás miembros») y la organización de la Administración del Estado («de acuerdo con la ley»: art. 102.2 CE), estricta en el estatuto de los funcionarios («la ley regulará», art. 103.3 CE) y más estricta aun en el caso de los estudiantes y de los internos en establecimientos penitenciarios, pues están en juego los derechos fundamentales(17). Al mismo resultado llevaría el examen de otras relaciones especiales(18).

---

(14) Según esta sentencia, «si la forma no es un criterio que permite determinar la naturaleza de la Circular, lo normal será que tal calificación pueda realizarse a partir de su contenido. Sucede, sin embargo, que en ocasiones un mismo contenido puede calificarse como norma o como acto interno, como tendremos ocasión de ver, por lo que en tal caso resulta necesario acudir al criterio de la competencia, de especial trascendencia en un Estado compuesto, en el que la potestad normativa y la de ejecución, en relación a una materia, pueden no corresponder normalmente a la misma entidad.

Pues bien, si el órgano del que emanó la Circular sólo tiene competencia normativa habrá que atribuirle carácter de norma, ya que de lo contrario sería nula. Por la misma razón, si el órgano sólo tiene potestad jerárquica —y no normativa— habrá que atribuirle el valor de un acto interno. Y, por último, si tiene competencia normativa y jerárquica, la calificación podrá ser una u otra, por lo que habrá que atender a la finalidad perseguida por el mismo».

(15) En contra, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo,* tomo I, 14.ª ed., Madrid 2008, p. 196.

(16) Sentencia de 19 de julio de 1993, recurso 9477/1990, que se remite a otras muchas.

(17) *Cfr.* A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, ob. cit., 2.ª edición, pp. 191 y ss.

(18) La relación con contratistas y concesionarios está regida por la legislación de contratos del sector público o la de patrimonio de las Administraciones Públicas, según el tipo de concesión.

No es, pues, correcto afirmar que esas materias son el ámbito típico de la potestad reglamentaria independiente. Están reservadas a la ley en mayor o menor medida. La tesis de que la reserva de ley se debilita o flexibiliza en las relaciones especiales de sujeción no tiene base constitucional alguna.

Respecto de los reglamentos ejecutivos, el TS mantiene la concepción tradicional de que son normas de colaboración con la ley, caracterizadas por la nota del «complemento indispensable», que maneja el TC(19). Estos reglamentos pueden explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y aclarar preceptos legales imprecisos. Más allá de esta puntualización (que deja fuera los supuestos en que la Ley se limita a autorizar la aprobación de un reglamento sobre materias que no regula), tampoco ha intentado el Alto Tribunal construir una tipología de reglamentos ejecutivos. En algunas sentencias ha admitido la existencia de dos concepciones, una material, que presupone la existencia de un mínimo contenido legal que el reglamento desarrolla, y otra formal, para la que basta la existencia de una previsión o reenvío en el texto legal, aunque no haya regulación sustantiva. Entre ambas, se ha decantado a favor de esta última(20). El TS mantiene así una concepción amplísima del reglamento ejecutivo, que incluye toda norma reglamentaria que se apoye en una previsión legal, aunque no haya regulación sustantiva en la norma superior.

En cuanto a la competencia, el TS considera, correctamente, que el titular originario es el Consejo de Ministros, pero tiene una concepción bastante restrictiva de la potestad reglamentaria «ejecutiva» de los Ministros, pese a su atribución expresa en la Ley del Gobierno [art. 4.1.b)]. En general, considera necesaria la autorización de la ley o del Consejo de Ministros, salvo en materia de organización (ámbito doméstico de su Departamento) y relaciones especiales de sujeción, cláusula con la que interpreta la expresión legal «materias propias de su departamento», siguiendo a un sector doctrinal muy cualificado(21). En

---

(19) «El Reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos. Así, pues, el Reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a conclusión de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos dichos» (STS de 4 de junio de 2001, recurso de casación núm. 3867/1994: legalidad de la transitoria 14.ª6 del Reglamento de Costas: accesos artificiales a islas de propiedad particular. Se remite a la STS de 14 de octubre de 1996).

(20) STS de 30 de julio de 1996, recurso 593/1993: «La jurisprudencia de esta Sala, para perfilar la noción de Reglamento ejecutivo ha utilizado, esencialmente, dos concepciones: una material, comprendiendo en el concepto aquellos Reglamentos que de forma total o parcial "completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan" una o varias leyes, entendidas éstas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia; y otra formal, dando cabida a los Reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material (…). Ha de tenderse, por tanto, a una interpretación no restrictiva del término "ejecución de leyes" teniendo en cuenta que hay, incluso, una mayor necesidad de control interno en la elaboración de los reglamentos, precisamente, a medida que es mayor la desconexión con la ley y dado que, en todo caso, han de respetar el bloque de la legalidad. Consecuentemente, y mientras subsista la necesidad de distinguir a efectos del dictamen del Consejo de Estado unos reglamentos específicamente "ejecutivos" porque la categoría esté formalmente consagrada en la LOCE, ha de incluirse en ella toda norma reglamentaria que desarrolle cualquier remisión normativa o reenvío legal a una ulterior normación que ha de efectuar la Administración como complemento de la ordenación que la propia ley establece, aunque ésta no incorpore una específica y parcial regulación material de lo que está llamado a desarrollar o completar el reglamento; y, únicamente, estarán excluidos del preceptivo dictamen del Consejo de Estado los Reglamentos independientes, autónomos o *praeter legem*, en el reducido ámbito en que resultan constitucional y legalmente posibles especialmente en el organizativo interno y en el de la potestad doméstica de la Administración y los Reglamentos de necesidad».

(21) E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso…,* cit., p. 194. La STS de 29 de diciembre de 1998, recurso de casación 5148/1993, FD 3, refleja la doctrina jurisprudencial dominante: «los Ministros

ese ámbito, los ministros pueden dictar reglamentos «independientes», mientras que para desarrollar un reglamento dictado por el Consejo de Ministros, necesitan la autorización de este órgano. El TS no admite que los ministros puedan dictar reglamentos de desarrollo de una ley en virtud de autorizaciones contenidas en ella, cuando considera que se trata de un reglamento «general», que debe ser dictado por el Consejo de Ministros, aunque su contenido sea técnico. En estos casos anula, por insuficiencia de rango, el reglamento ministerial, pese a contar con autorización legal expresa(22). El Alto Tribunal no parece tener en cuenta que la LOFAGE atribuye a los ministros el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la legislación específica [art. 12.2.a)](23). La cuestión es, lógicamente, qué deba entenderse por reglamento «general».

Distintos de los reglamentos son las instrucciones y circulares. En una primera etapa el TS consideró discutible la naturaleza normativa de estos actos jurídicos, pero, después, la ha negado rotundamente, porque no innovan el ordenamiento jurídico, al proyectar sus efectos únicamente en el ámbito interno de la Administración. No obstante, reconoce que «pueden incidir en los intereses de los particulares al fijarse mediante ella criterios de actuación a los titulares de los órganos subordinados»(24). Esta doctrina es menos matizada que la del TC, que reconoce la posibilidad de que las instrucciones tengan un contenido

---

también ejercen la potestad reglamentaria, pero sólo en materias propias de su departamento, en lo que ha venido en llamarse ámbito organizativo o doméstico y en las relaciones de sujeción especial, pudiendo distinguirse por todo ello entre los Reglamentos del Gobierno (del Consejo de Ministros) que son fruto de una potestad administrativa originaria o derivada de la Constitución, los Reglamentos de los Ministros, que si la Ley los habilita específicamente para desarrollar una norma reglamentaria, son fruto de un poder derivado, y los Reglamentos domésticos u organizativos, que pueden dictarse por los Ministros sin necesidad de especial habilitación por Ley previa».

(22) Así, la STS de 20 de enero de 2005, recurso de casación núm. 7178/2001, anula por ese motivo la Orden del Ministerio de Fomento de 19 de noviembre de 1998, por la que se aprueba la instrucción para el proyecto, construcción y explotación de obras subterráneas para el transporte terrestre. La sentencia declara que la expresión «materias propias de su Departamento» no ha de interpretarse exclusivamente referida a los aspectos internos de carácter organizativo, sino que abarca también el ámbito de su competencia material, pero «en ningún caso puede comprender la potestad de dictar reglamentos generales de desarrollo y ejecución de las Leyes, aunque sea en materias que puedan calificarse como competencias propias de su departamento» (FD 4). Idéntica doctrina en la STS de 30 de diciembre de 2004, recurso de casación núm. 6195/2001. En ésta se formuló voto particular que argumenta lo siguiente: «el legislador ha querido de forma expresa y consciente habilitar al Ministerio de Fomento para dictar el reglamento de prestación del servicio. Si esta habilitación no es correcta, lo que habría que hacer es plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la DA 44.ª, pero no anular una Orden que se dicta con apoyo en ella». Esta opinión me parece plenamente correcta. Estas sentencias parecen ampliar el ámbito de la potestad reglamentaria ministerial, en comparación con otras anteriores (por ejemplo, la de 29 de diciembre de 1998, citada en la nota anterior), al referirla a «su competencia material», pero no está claro el contenido de esta expresión.

(23) Llama la atención la diferente forma de atribución de la potestad reglamentaria en la Ley del Gobierno («materias propias de su Departamento») y en la LOFAGE («de acuerdo con la legislación específica»). Si esta última se interpretara literalmente, los ministros necesitarían autorización legal expresa, sin que fuera suficiente la genérica de la ley del Gobierno. En mi opinión, la interpretación correcta es que las leyes específicas que autoricen reglamentos ministeriales deben acotar su contenido, que no puede ser general. En contra, J.A. SANTAMARÍA PASTOR considera que los ministros sólo pueden dictar reglamentos en las materias propias de su Departamento cuando otra disposición distinta de la Ley del Gobierno, les autorice para ello, *Principios de Derecho administrativo general,* 2.ª ed., Iustel, Madrid 2009, tomo I, p. 254.

(24) STS de 19 de noviembre de 2007, recurso de casación núm. 8006/2002, que se remite a otras. La STS de 21 junio de 2006, a la que se remite la de 14 de octubre de 2008, recurso 80/2007 (FD 10) declaró que son notas características de las Circulares: que no son disposiciones de carácter general porque no tienen carácter normativo; sólo proyectan sus efectos en el ámbito propio de la organización administrativa y lo que hacen es exteriorizar el principio

normativo, pero suscita la misma crítica: que su eficacia se limite al ámbito interno no significa que no puedan tener carácter normativo. Hay muchas normas internas (de régimen interior o de funcionamiento), cuyo carácter normativo es difícilmente cuestionable.

Por lo demás, para el TS las expresiones «disposiciones generales» y «disposiciones administrativas de carácter general» son sinónimas e incluyen los reglamentos. No existen las «disposiciones administrativas» como un tipo normativo diferenciado.

III. LA PRÁCTICA DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

En la jurisprudencia del TC y, más aun, en la del TS, hay un lastre doctrinal excesivo procedente del período preconstitucional y que no se ha contrastado suficientemente con la Constitución ni con la práctica del BOE. No tiene sentido alguno seguir manejando a estas alturas la distinción alemana entre reglamentos jurídicos y administrativos, abandonada en su país de origen y que en España nunca ha sido aplicable. Tampoco lo tiene considerar que ésta y las relaciones especiales de sujeción son el ámbito típico de los reglamentos independientes o afirmar, de forma apodíctica, que las instrucciones y circulares no tienen carácter normativo porque son de ámbito interno.

La lectura del BOE (y de los boletines oficiales de las CCAA) pone de relieve que la realidad no se deja encorsetar en unas categorías doctrinales en buena medida periclitadas. Ello no significa que haya que dar por bueno todo lo que se publica en los periódicos oficiales, pero sí que hay tener en cuenta su contenido para reconsiderar las categorías. En un intento de aproximación, basado en la lectura del BOE de los últimos meses, se obtienen resultados sobre los que vale la pena reflexionar.

La práctica totalidad de los reglamentos se apoya en algún precepto legal, aunque sea sólo la disposición final que autoriza al Gobierno (o a un ministro) para el desarrollo reglamentario. Esto refleja la concepción «formal» del reglamento ejecutivo (como la denomina el TS), según la cual tienen ese carácter todos los que se apoyan en un precepto legal, aunque no contenga regulación sustantiva, limitándose a autorizar el desarrollo reglamentario. En consecuencia, es muy difícil encontrar algún reglamento que sea verdaderamente «independiente» (*praeter legem*) en el sentido de que no se apoye en una ley. La mayoría de los ejemplos tradicionales (código de la circulación, pesca marítima, etc.) ya no sirve porque la regulación de cabecera tiene ahora rango legal. Quedan algunos preconstitucionales[25] y se pueden considerar tales los reglamentos de organización básica departamental que aprueba el Presidente del Gobierno, a los que después haremos referencia. Esto demostraría que en el marco constitucional la práctica ha evolucionado en la dirección correcta, es decir, regulación de lo esencial por normas legales y desarrollo y complemento reglamentario. Lógicamente, este resultado no afecta a la tesis de que el Gobierno puede dictar reglamentos «independientes» en materias no reservadas a la ley ni reguladas por ella. Lo que ocurre es que hay muy pocas materias sin una norma legal de cabecera, en la que pueda apoyarse

---

de jerarquía que rige en esa organización; y su contenido es fijar criterios y directrices para la actuación de los órganos subordinados.

(25) Como el Código Alimentario Español, aprobado por Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, con múltiples modificaciones posteriores.

el desarrollo reglamentario, aunque sólo sea con el carácter formal expuesto (la ley autoriza a dictar reglamentos sobre una materia no regulada en ella).

La concepción amplísima del reglamento «ejecutivo» no explica la diversidad de supuestos que pueden identificarse en función del grado de vinculación del reglamento con la ley. Sin pretensión exhaustiva, cabe distinguir los siguientes tipos de menor a mayor intensidad de vinculación: reglamentos de complemento, de desarrollo y de aplicación[26]:

a) *Reglamentos de complemento*, pero no de desarrollo, porque la ley no contiene regulación alguna de la materia. La vinculación con la ley es puramente formal y consiste en la autorización genérica para dictar reglamentos[27]. En este grupo se pueden incluir, en general, los reglamentos «técnicos». En muchos de ellos se indica expresamente que ese carácter justifica su aprobación por norma de este rango y no por ley[28]. No hay que confundir los reglamentos «técnicos» con las normas «técnicas», que no tienen valor reglamentario, salvo que se incorporen a aquéllos[29].

b) *Reglamentos de desarrollo*: articulan una regulación legal mínima, que por sí sola es de difícil o imposible aplicación, integrándola en un conjunto normativo directamente aplicable. Hay bastantes reglamentos de este tipo dictados al amparo de la competencia estatal del art. 149.1.1[30]. Otro supuesto análogo es el de los

---

(26) Se intenta aquí precisar y enriquecer la distinción entre reglamento de complemento y reglamento para la ejecución de la ley propuesta por A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97. Funciones del Gobierno», cit., 2.ª edición, pp. 182 y 183.

(27) Por ejemplo, el Real Decreto 345/2011, de 11 de marzo, sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias en la Red de Carreteras del Estado (BOE de 12 de marzo). Incorpora la Directiva 2008/96/CE y se dicta, de acuerdo con el Consejo de Estado, «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.24.ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia sobre las obras públicas de interés general y se enmarca dentro de las potestades reglamentarias atribuidas al Gobierno por la Disposición Adicional 2.ª de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras». Llama la atención que la invocada disposición adicional no se refiere a la potestad reglamentaria del Gobierno, sino establece que «la Administración del Estado determinará la normativa técnica básica de interés general y (…) cualquier otra que se derive del cumplimiento de tratados, convenios, acuerdos y recomendaciones de carácter internacional suscritos por España». Por tanto, el carácter técnico de la regulación parece ser la razón de que se apruebe con este rango.

(28) Así, el Real Decreto 186/2011, de 18 de febrero, por el que se regula la calificación sanitaria de las ganaderías y explotaciones de reses de lidia y el movimiento de los animales pertenecientes a las mismas (BOE de 16 de marzo). Se dicta en desarrollo de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, de acuerdo con lo previsto en su Disposición Final 5.ª, que se limita a autorizar «al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean precisas para la aplicación y desarrollo de esta Ley». Se aprueba de acuerdo con el Consejo de Estado. El preámbulo explica que «En atención al carácter marcadamente técnico de esta regulación básica, procede su aprobación mediante norma con rango de real decreto». Al amparo de la misma disposición se ha dictado el Real Decreto 599/2011, de 29 de abril, por el que se establecen las bases del plan de vigilancia sanitaria del ganado porcino (BOE de 17 de mayo). Su preámbulo justifica también la aprobación por RD por el «carácter marcadamente técnico» de la regulación.

(29) La Ley de Industria de 1992 distingue los conceptos de «norma» y «reglamento técnico» en función del carácter no obligatorio de aquélla y obligatorio de éste (art. 8): a) la Norma es «la especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa»; b) el Reglamento técnico es «la especificación técnica relativa a productos, procesos o instalaciones industriales, establecida con carácter obligatorio a través de una disposición, para su fabricación, comercialización o utilización». Los reglamentos técnicos son, pues, verdaderos reglamentos, mientras que las normas técnicas son sólo acuerdos de carácter privado, desprovistos de naturaleza administrativa. En palabras del Tribunal Supremo, son «acuerdos particulares alcanzados por representantes de los sectores interesados de carácter no obligatorio» (STS de 2 de junio de 2003, recurso de casación núm. 6490/1998).

(30) Por ejemplo, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), contiene en sus disposiciones finales una serie de

reglamentos que tienen carácter de legislación básica por ser «complemento indispensable» de la ley[31]. Pese al equívoco terminológico, estos reglamentos son de desarrollo, no de complemento, puesto que la ley contiene una regulación sustantiva, aunque sea sucinta.

c) *Reglamentos de aplicación*: contienen los preceptos necesarios, de carácter procedimental y organizativo, para la aplicación efectiva de una ley, que regula sustantivamente la materia. Éstos son los típicos reglamentos «ejecutivos» en sentido estricto y pueden referirse a la ley en su conjunto (reglamentos «generales») o a determinados aspectos (reglamentos «parciales»). El supuesto es suficientemente conocido, por lo que no es necesario citar ejemplos.

La clasificación anterior tiene una pretensión puramente doctrinal y no implica que cada reglamento deba ser adscrito a uno de esos tipos exclusivamente. Puede haber (y hay) reglamentos que combinen los tres aspectos y es muy frecuente que incluyan los dos últimos. En efecto, en España la mayor parte de los reglamentos «ejecutivos» no se limitan a dictar normas para la aplicación efectiva de la ley, sino que desarrollan sus preceptos, que, en muchas ocasiones, se remiten al desarrollo reglamentario, estableciendo para ello pautas más o menos precisas.

IV. REGLAMENTOS DE ORGANIZACIÓN

En el marco conceptual expuesto encajan plenamente los reglamentos de organización, con la salvedad que se comentará. Ya hemos explicado el supuesto de los reglamentos de

---

mandatos dirigidos al Gobierno para el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en una serie de ámbitos. Así, en virtud de la Disposición Final 5.ª se ha aprobado el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales (BOE del 30). Pero la ley dice muy poco sobre el contenido de esas condiciones básicas. Lo mismo ocurre en los demás ámbitos, en los que las condiciones básicas se han establecido por RRDD. Entre otros, por Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. De acuerdo con el mandato contenido en la Disposición Final 4.ª del Real Decreto 505/2007, la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados (BOE de 11 de marzo). También el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, que regula las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad. Otra disposición dictada en virtud del art. 149.1.1.ª es el Real Decreto 569/2011, de 20 de abril (BOE de 11 de mayo), por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para el ejercicio 2011. Se apoya en la facultad conferida al Gobierno en la Disposición Final 7.ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley y el art. 3, apartados 3 y 4, del Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo.

(31) Ejemplo: Real Decreto 384/2011, de 18 de marzo, por el que se establece el título de Técnico Superior en Educación y Control Ambiental y se fijan sus enseñanzas mínimas (BOE de 14 de abril) y otros análogos de la misma fecha. Su preámbulo explica que se ha recurrido a una norma reglamentaria para establecer bases estatales conforme con el TC, que admite que «excepcionalmente» las bases puedan establecerse mediante normas reglamentarias en determinados supuestos, como ocurre en el presente caso, cuando «resulta complemento indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas». Se apoya en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (art. 10.1) y en el RD 1538/2006, de 15 de diciembre, de ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. No consta dictamen del Consejo de Estado.

organización de los servicios, que hay que entender (y acotar) en el contexto competencial en que se ha suscitado su admisibilidad (potestad normativa de organización en las materias en que las Comunidades Autónomas tienen competencia de ejecución de la legislación estatal)[32]. Pero el problema no se plantea en relación con la potestad reglamentaria genérica del Gobierno (o de los Gobiernos autonómicos). La materia organizativa puede ser regulada por normas reglamentarias con los mismos criterios que cualquier otra: primacía de la ley, reserva de ley y, por consiguiente, facultad de dictar reglamentos en materias no reservadas a la ley ni reguladas por ella.

La lectura del BOE pone de relieve que hay reglamentos organizativos de los tres tipos mencionados (y, lógicamente, mixtos). Son de *complemento* cuando crean órganos que no están previstos en la ley[33]. De *desarrollo* cuando, como ocurre con mucha frecuencia, establecen la composición y funciones de órganos previstos en la ley o regulan otros aspectos, como su régimen patrimonial, financiero o de control. En este grupo están, en general, los estatutos de los organismos públicos y agencias estatales[34] y todas las remisiones legales al desarrollo reglamentario para la regulación de la composición y funcionamiento de determinados órganos. De *aplicación*, cuando dictan normas de funcionamiento o para regular las relaciones con los ciudadanos de órganos establecidos en la ley[35].

En consecuencia, no es cierto que la organización sea el ámbito típico de los reglamentos independientes. Cuestión distinta es que se sometan o no al previo dictamen del Consejo de Estado (en general, no se someten). Obviamente, este requisito no será la causa de su naturaleza sino su consecuencia. Por otra parte, el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo debería ser exigible en todos los reglamentos (con más razón aun en los «independientes»), pues todos ellos deben respetar el marco constitucional y legal, cualquiera que sea la intensidad de su vinculación con la ley.

En materia de organización la peculiaridad más importante es que hay reglamentos del Presidente del Gobierno, quien sólo puede dictarlos en esta materia. Son los relativos a la

---

(32) En rigor, pese a lo que digan los Estatutos de Autonomía, esa facultad no es inherente a la competencia autonómica de «ejecución» en una determinada materia, sino a la propia autonomía, que conlleva la potestad de (auto) organización en todas las materias de competencia de la Comunidad respectiva, incluyendo aquéllas en que sólo le corresponde la ejecución de la legislación estatal.

(33) Por ejemplo, el RD 448/2010, de 16 de abril, por el que se determina el ámbito territorial y material del Instituto de Medicina Legal de Órganos con Jurisdicción Estatal y se remite su creación al Ministro de Justicia, que lo efectuó por Orden JUS/1216/2011, de 4 de mayo (BOE del 16). La Ley Orgánica del Poder Judicial había previsto la creación de un Instituto de Medicina Legal en las capitales de provincia en las que tenga su sede un Tribunal Superior de Justicia o Salas del mismo Tribunal, pero no para Órganos con Jurisdicción Estatal. Sin embargo, la creación de ese Instituto se apoya en el art. 2.3 del Reglamento del los Institutos de Medicina Legal, aprobado por Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, según el cual podrán existir Institutos de Medicina Legal con el ámbito que reglamentariamente se establezca por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia.

(34) Así, RD 464/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Administración Pública o el RD Real Decreto 351/2011, de 11 de marzo (BOE del 25), por el que se modifica el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es, aprobado por el Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero. Estos RRDD no son informados por el Consejo de Estado sin duda porque se trata de reglamentos de organización, pero deberían serlo porque desarrollan la ley de creación (o modificación) del organismo respectivo. Otro ejemplo es el Real Decreto 504/2011, de 8 de abril, de estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina (BOE de 12 de mayo). Es una Entidad de Derecho Público (entidad gestora de la Seguridad Social), aunque no tiene Estatuto. Tampoco hay dictamen del Consejo de Estado.

(35) En materia de organización hay pocos reglamentos de estricta aplicación. La mayoría son de desarrollo.

creación, modificación y supresión de Departamentos ministeriales y Secretarías de Estado, así como la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno [art. 2.1.j) Ley del Gobierno y art. 8.2 LOFAGE]. Estos reglamentos no encajan en la trilogía propuesta e integran una categoría con sustantividad propia. La razón es que son expresión de la facultad de dirección política y administrativa del Presidente. No complementan ni desarrollan ley alguna, por lo que pueden considerarse «independientes», aunque tampoco lo son, en puridad, pues están sujetos a la Ley del Gobierno, a la LOFAGE y demás disposiciones legales de general aplicación. Claro que, desde esa perspectiva, no hay reglamentos independientes. Todos son *intra legem*, por lo que resulta algo equívoco reservar esta calificación a una sola modalidad (los de complemento).

Los reglamentos de organización de cada Ministerio se aprueban por el Consejo de Ministros (art. 10 LOFAGE), conforme a las reglas generales. Son reglamentos de desarrollo de la estructura básica aprobada por el Presidente del Gobierno. Deben respetarla así como el marco general de la LOFAGE.

V. EL FUNDAMENTO DE LA POTESTAD NORMATIVA DEL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN: LAS AUTORIZACIONES PARA EL DESARROLLO NORMATIVO

La potestad reglamentaria del Gobierno es originaria, pues se la atribuye directamente la Constitución (art. 97). No necesita autorización de las Cortes Generales para ejercerla[36]. Tan legítimo es que las Cortes aprueben leyes como que el Gobierno dicte reglamentos. Pese a ello se ha mantenido la práctica de que las leyes autoricen al Gobierno para que apruebe las disposiciones reglamentarias precisas para su aplicación. Las Directrices de Técnica Normativa de 2005 respaldan estas cláusulas de autorización. Señalan que en las disposiciones finales se deben incluir, entre otros aspectos, «las autorizaciones y mandatos dirigidos a la producción de normas jurídicas (habilitaciones de desarrollo y de aplicación reglamentarios, mandatos de presentación de proyectos normativos, etc.)», añadiendo que «las cláusulas de habilitación reglamentaria acotarán el ámbito material, los plazos, si procede, y los principios y criterios que habrá de contener el futuro desarrollo»[37]. Si lo primero se suele cumplir escrupulosamente, lo segundo deja mucho que desear, pues es raro que las cláusulas de autorización acoten su alcance.

La autorización de la norma superior para su desarrollo por la inferior es práctica muy arraigada en España. Refleja la jerarquía normativa, aunque a veces no se produce de un escalón a otro sino *per saltum.* No está claro hasta dónde pueden descender estas autorizacio-

(36) Distinta parece la situación en Portugal, a la vista del art. 112.8 de la Constitución de 1976. GOMES CANOTILHO considera que en ella no existe un poder reglamentario originario y autónomo, constitucionalmente fundado, «Direito Constitucional e Teoría da Constituiçao», 5.ª ed., Coimbra 2002, p. 833.

(37) Entre las «disposiciones tipo» las Directrices incluyen la siguiente: «Disposición final segunda. *Habilitación para el desarrollo reglamentario.* Se habilita al Ministro (masculino genérico, al referirse al cargo, no al titular que en ese momento lo ocupa, ya que la norma tiene vocación de permanencia) de Sanidad y Consumo para desarrollar, en el plazo de seis meses, lo dispuesto en el artículo 25». No se entiende el empeño en mantener el galicismo «habilitación», en vez de «autorización», que sería lo correcto. Sobre esta terminología, *cfr.* A. GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH, «Artículo 97. Funciones del Gobierno», cit., 2.ª edición, p. 193, nota 70.

nes «en cascada». La inexistencia de autorización de las Cortes al Gobierno no impediría al Consejo de Ministros dictar reglamentos, salvo que la Ley lo prohibiera. En cambio, es necesaria para que un Ministro pueda dictar reglamentos de desarrollo o aplicación parcial de la ley. En ocasiones, ésta autoriza a ambos(38). Las autorizaciones legales al Ministro no plantean, en principio, problemas, pues tienen apoyo en la LOFAGE [art. 12.2.a)]. No obstante, ya hemos dicho que el TS ha anulado reglamentos ministeriales dictados en su virtud cuando ha considerado que se trataba de reglamentos generales. En estos casos, hay que dilucidar si el Ministro se ha extralimitado o si la cláusula de autorización era inconstitucional por atribuir al Ministro una competencia propia del Consejo de Ministros.

La autorización del Consejo de Ministros a uno o varios Ministros para que desarrollen un reglamento aprobado por aquél no plantea, en principio, problema alguno. Esa autorización se puede considerar una cláusula de estilo que figura en casi todos los reglamentos aprobados por dicho órgano colegiado(39). También es muy frecuente que el Real Decreto autorice a un Ministro para modificar sus anexos, cuando tienen un contenido técnico o para adaptarlo a normas europeas. Menos frecuente, pero no insólito, es que se modifique una cláusula de autorización(40). La cuestión es si, en ausencia de ella, podría un Ministro, en el ámbito de su Departamento, desarrollar un reglamento aprobado por el Consejo de Ministros. Hemos visto que el TS no admite esa posibilidad. Sin embargo, la Ley del Gobierno faculta a los ministros para dictar reglamentos (sin autorización del Consejo de Ministros) en las materias propias de su Departamento, que no son precisamente la organización y las relaciones especiales de sujeción, como quiere el TS, sino cualquiera de su ámbito competencial que no esté reservada a la ley(41). A diferencia del Derecho francés, que no admite la competencia reglamentaria ministerial(42), el español la atribuye expresamente. Si un ministro puede regular *ex novo* una materia de su competencia (no reservada a la ley ni regulada por ella) sin autorización del Consejo de Ministros, es razonable sostener que también pueda desarrollar un reglamento del Consejo de Ministros, aun cuando no se

(38) Así, la DF 2.ª de la Ley de Aguas: «El Gobierno y el Ministro de Medio Ambiente, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán dictar las normas reglamentarias que requiera el desarrollo y aplicación de la presente Ley». Se apoya en esta autorización (así como en la Disposición Final 4.ª del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y en el art. 82 del Reglamento de la Planificación Hidrológica) la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica y la Orden ARM/1195/2011, de 11 de mayo, que modifica a la anterior.

(39) Estas autorizaciones suelen ser genéricas, pero en algún caso especifican la materia a desarrollar por el Ministro. Así, el RD 556/2011, de 20 de abril, para el desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, «faculta al Ministro de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino para adoptar, en el ámbito de sus atribuciones, las disposiciones y medidas necesarias para el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en este real decreto, y en particular para aprobar, mediante orden, a propuesta del Comité establecido en la Disposición Adicional 1.ª, los protocolos de carácter técnico que aseguren la coordinación y el funcionamiento del Inventario en el conjunto del Estado». Asimismo, facultad al mismo Ministro para modificar mediante orden ministerial los anexos de este real decreto a propuesta del citado Comité.

(40) Por ejemplo, la Disposición Final 1.ª del RD 771/2011, de 3 de junio (BOE del 4), modifica a la misma disposición del RD 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito Dos, en el sentido de precisar las facultades de desarrollo que se atribuyen al Ministro de Economía y al Banco de España.

(41) Por ejemplo, Orden EHA/1217/2011, de 9 de mayo, por la que se regula el procedimiento de entrada y presentación de mercancías introducidas en el territorio aduanero comunitario y la declaración sumaria de depósito temporal, así como la declaración sumaria de salida y la notificación de reexportación en el marco de los procedimientos de salida de las mercancías de dicho territorio (BOE del 16). Desarrolla reglamentos comunitarios. La razón es que la materia ya estaba regulada por Orden ministerial.

(42) *Cfr.* en la literatura reciente, A. HAQUET, «La loi et le règlement», LGDJ, Paris 2007, pp. 35 y ss.

haya incluido en él autorización expresa para su desarrollo[43]. La cuestión es discutible en el plano teórico. En la práctica no hay problema, porque, como hemos dicho, esas cláusulas de autorización son habituales. Pero si estas cláusulas deben acotar «el ámbito material, los plazos, si procede, y los principios y criterios que habrá de contener el futuro desarrollo», como quieren las Directrices de Técnica Normativa, la autorización es necesaria, pero no debería estar formulada en términos genéricos, sino con las especificaciones exigibles en cuanto al ámbito, plazos y criterios.

El siguiente escalón es la autorización por el reglamento ministerial a otros órganos, que ya no son de gobierno sino administrativos, para que dicten disposiciones de desarrollo. A diferencia del Gobierno, la potestad normativa de la Administración no tiene apoyo constitucional ni tampoco legal con carácter general. Puede tenerlo en las leyes de creación o reguladoras de determinados organismos o en otras específicas. La LOFAGE prevé la posibilidad de que los estatutos de los organismos públicos les atribuyan «la potestad de ordenar aspectos secundarios del servicio encomendado» (art. 42.2). En su virtud el organismo respectivo podrá dictar disposiciones administrativas (pero no reglamentarias), cuyo fundamento estará, en última instancia, en la propia LOFAGE.

En el marco de la organización departamental, salvo el supuesto de autorización legal expresa[44], el fundamento de la aprobación de disposiciones por los órganos administrativos no puede ser otro que el de la autorización del Consejo de Ministros[45] o del propio Ministro. Éste, en cuanto miembro del Gobierno y titular derivado de la potestad reglamentaria, podrá autorizar a los Secretarios de Estado o a uno o varios órganos directivos de su departamento para que dicten normas de desarrollo de reglamentos aprobados por OM. Pero esos órganos administrativos ya no podrán autorizar a otros para que dicten ulteriores disposiciones de desarrollo porque no tienen potestad normativa propia ni pueden delegar la recibida del Gobierno. Esta tesis no tiene apoyo legal expreso, pero es coherente con una comprensión institucional del Gobierno y la Administración, con la atribución de la potestad reglamentaria a aquél y la inexistencia de una potestad normativa general de ésta.

La pluralidad de fórmulas que se utilizan en la práctica pone de relieve las vacilaciones existentes. En ocasiones el ministro autoriza a otro órgano para que dicte *cuantas disposiciones* sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en la OM[46], lo que está muy

(43) Esta tesis ya fue sostenida por A. GALLEGO ANABITARTE en «Potestad reglamentaria constitucional y legal», en *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, cit., p. 42.

(44) Por ejemplo. El art. 3.1.k) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, establece, entre las competencias que corresponden a la Administración General del Estado, la de «aprobar por medio de Resolución del Secretario General de Energía las reglas de mercado y los procedimientos de operación de carácter instrumental y técnico necesarios para la gestión económica y técnica del sistema». En su virtud, la Resolución de 9 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de Energía, aprueba el procedimiento de operación del sistema 14.3. «Garantías de Pago» (BOE del 20).

(45) Así, el Reglamento general para ingreso en la Administración Pública, aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo, faculta a la Secretaría de Estado para la Administración Pública para aprobar los modelos oficiales a que deben ajustarse las solicitudes de participación en las pruebas (arts. 18.1 y 31.1). En su virtud, por Resolución de 9 de mayo de 2011, de la citada Secretaría de Estado, se aprueba el modelo de impreso sobre solicitud de admisión a pruebas selectivas en la Administración Pública y liquidación de la tasa de derechos de examen y se dictan instrucciones complementarias sobre su aplicación (BOE de 20 de mayo). El contenido de esta Resolución excede del de una instrucción, pues afecta a todos los interesados en participar en las pruebas en sus relaciones con la Administración.

(46) Así, la Orden TIN/831/2011, de 8 de abril, por la que se regula el tablón de edictos y anuncios de la Seguridad Social (BOE del 9) autoriza al Secretario de Estado de la Seguridad Social para que, mediante resolución, dicte cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en esta orden.

alejado del mandato de concreción exigible según las Directrices de Técnica Normativa. Otras veces, se autoriza para «adoptar medidas» o «dictar instrucciones» (o ambas cosas)[47]. Esto último es correcto, pero superfluo, pues ya lo pueden hacer los órganos directivos en virtud del art. 21 LRJPAC. Más ambiguo es el término «medidas», que puede comprender normas, resoluciones, actuación material y actividad informal. En otras ocasiones, se autoriza para dictar las «resoluciones» necesarias para el desarrollo y ejecución de la Orden, fórmula sorprendente, pues las resoluciones no desarrollan ni tienen contenido normativo, sino que son actos de aplicación de normas preexistentes[48]. Otra fórmula vacía es autorizar para resolver «cuantas cuestiones puedan plantearse en aplicación de esta Orden»[49]. En contraste, hay casos en que se delimita con precisión el alcance de la autorización, que incluye la facultad de dictar normas y llevar a cabo otras actuaciones[50].

La conclusión es que la práctica de las autorizaciones de desarrollo normativo a favor de órganos administrativos carece de cobertura normativa general, salvo para los organismos públicos en la LOFAGE. La puede tener en leyes específicas o en la potestad reglamentaria del Gobierno (Consejo de Ministros y Ministros). Ello no significa que tengan carácter reglamentario las normas que se dicten en virtud de esas autorizaciones. Son disposiciones administrativas, cuyo contenido debería acotarse en la propia autorización, eliminando las cláusulas genéricas.

El procedimiento de elaboración de estas disposiciones no está regulado. No les es aplicable el artículo 24 de la Ley del Gobierno, precisamente porque no son reglamentos. Tampoco hay que elaborar la memoria de análisis de impacto normativo, prevista en el RD 1083/2009, de 3 de julio, pues sólo es exigible en los anteproyectos de ley y en los

---

(47) La Orden EDU/994/2011, de 8 de abril, por la que se establece el currículo de los ciclos inicial y final de grado medio, correspondientes al título de Técnico Deportivo en Espeleología (BOE del 22), autoriza a la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial, en el ámbito de sus competencias, para adoptar las medidas y dictar las instrucciones necesarias para la aplicación de lo dispuesto en esta orden. En la misma línea, la Orden PRE/663/2011, de 23 de marzo, por la que se regula la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de la Presidencia. (BOE de 29 de marzo) autoriza a la Subsecretaría del Departamento para dictar las instrucciones necesarias para el mejor cumplimiento de esta Orden. Por su parte, la Orden DEF/467/2011, de 2 de marzo, por la que se aprueban las Normas para la colaboración del Ministerio de Defensa en la formación de los vigilantes de seguridad privada encargados de la prestación del servicio de seguridad en buques que naveguen bajo bandera española y para el apoyo logístico en el transporte del material imprescindible empleado en su servicio (BOE de 8 de marzo), bajo el rótulo «Facultades de desarrollo» faculta al Secretario de Estado de Defensa, al Director General de Armamento y Material, al Secretario General de Política de Defensa y al Director General de Política de Defensa para adoptar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para el desarrollo y aplicación de esta orden ministerial.

(48) La Orden TAP/481/2011, de 2 de marzo, de ordenación de los registros de los servicios centrales del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. (BOE de 10 de marzo), también con el rótulo «Facultades de desarrollo», autoriza al Subsecretario de Política Territorial y Administración Pública «para dictar *cuantas resoluciones* sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Orden». La Orden FOM/1194/2011, de 29 de abril, por la que se regula el procedimiento integrado de escala de buques en los puertos de interés general (BOE de 13 de mayo) «autoriza al organismo público Puertos del Estado, en coordinación con la Dirección General de la Marina Mercante, a dictar *las resoluciones necesarias* para adaptar la información del anexo I de esta orden, que se deriva del cumplimiento de las normas nacionales e internacionales que la establecen, a las modificaciones que se produzcan en dichas normas» (Disposición Final 2.ª, cursiva no original).

(49) La Disposición Final 1.ª de la Orden TIN/1512/2011, de 6 de junio (BOE del 7) contiene esa autorización a favor del Secretario de Estado de la Seguridad Social.

(50) Así la autorización a la Dirección general de Presupuestos contenida en el Disposición Final 4.ª de la Orden EHA/1333/2011, de 19 de mayo, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2012 (BOE del 24).

proyectos de reglamentos. En el marco legal vigente, el esquema de tramitación debería ser el siguiente: a) propuesta Centro Directivo; b) informe de la Subsecretaría o de la Secretaría General Técnica, según las disposiciones orgánicas [arts. 15.1.g) y 17.1 LOFAGE]; c) aprobación por el órgano competente; d) publicación en el BOE.

VI. INSTRUCCIONES Y ÓRDENES DE SERVICIO

Los términos «instrucción», «orden de servicio» y el viejo de «circular», que todavía se utiliza, son formas jurídicas susceptibles de distinto contenido (normativo o no). Por ello, no se pueden identificar con el de «disposiciones administrativas», ni siquiera las referidas al ámbito interno. Pueden tener esa naturaleza cuando tengan un contenido normativo y se publiquen en el BOE para producir efectos jurídicos generales (no sólo *ad intra*). En otros casos, serán directrices o meras recomendaciones.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia marcan claramente la separación entre estas figuras y los «reglamentos» (en sentido amplio, incluyendo las disposiciones administrativas) en atención al ámbito sobre el que proyectan su eficacia: externo en el caso de los reglamentos e interno en el de las instrucciones y circulares[51]. Éstas no tienen carácter normativo precisamente por ser de ámbito interno. Pero ya hemos visto que el TC ha admitido la posibilidad de que sean normativas, argumentando, correctamente, que son formas jurídicas susceptibles de diversos contenidos (STC 27/1983). Según esta sentencia, sólo pueden tener carácter normativo cuando el órgano que las dicte tenga competencia normativa[52]. Aplicando con rigor este criterio, sólo podrían dictar instrucciones y circulares normativas el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno, los Ministros y los organismos públicos.

De nuevo hay que insistir en que la calificación de un acto como normativo o no depende del concepto de norma jurídica que se mantenga. Lo son, por hipótesis, los reglamentos y las disposiciones administrativas. Las instrucciones y circulares pueden serlo o no, pero no porque sean de ámbito interno, sino porque establezcan *ex novo* reglas jurídicas. Cuando tengan eficacia general (externa) serán disposiciones administrativas que adoptan esa forma jurídica (de instrucción o circular), pero sólo podrán dictarse con autorización de una ley o de un reglamento y deberán publicarse en el BOE (o en los autonómicos). Cuando tengan eficacia meramente interna, podrán ser o no normativas, pero podrán dictarse en virtud de la autorización genérica contenida en el art. 21 LRJPAC. Estas instrucciones y circulares de ámbito interno, normativas o no, pueden publicarse, pero no es obligatorio. La distinción parece clara en el plano conceptual. En la práctica no lo será tanto, porque no siempre es fácil discernir si una norma tiene eficacia interna o externa. Lo que es incuestionable es que, cualquiera que sea su ámbito y su contenido, las instrucciones y circulares son fiscalizables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como cualquier otra manifestación de la actuación administrativa (art. 106 CE y LJCA).

---

(51) No obstante, algún autor sostiene, correctamente, que lo importante no es el *nomen iuris* sino el contenido real de estos instrumentos, que pueden ser disposiciones de carácter general (M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general,* cit., p. 188). También destaca la heterogeneidad del contenido de las instrucciones y circulares J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho administrativo general*, cit., tomo I, pp. 236-237.

(52) Según la sentencia «si el órgano del que emanó la Circular sólo tiene competencia normativa habrá que atribuirle carácter de norma, ya que de lo contrario sería nula. Por la misma razón, si el órgano sólo tiene potestad jerárquica —y no normativa— habrá que atribuirle el valor de un acto interno. Y, por último, si tiene competencia normativa y jerárquica, la calificación podrá ser una u otra, por lo que habrá que atender a la finalidad perseguida por el mismo» (FJ 2).

NUEVOS CRITERIOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA SENTENCIAS Y AUTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

CARMEN CHINCHILLA MARÍN
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá

RESUMEN

Nuevos criterios para la admisión del recurso de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional

Resumen: el artículo expone cómo el Tribunal Supremo ha ido cambiando su criterio sobre los requisitos exigibles en el escrito de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional. A lo largo de los últimos años, el Tribunal Supremo ha aplicado dos criterios completamente opuestos en relación con la cuestión de si, en dicho escrito, los recurrentes tienen que anunciar el motivo o motivos en los que basarán su recurso. Cuando parecía que se había fijado, como criterio uniforme, el de exigir el anuncio de la motivación, pero no la cita de las normas y la jurisprudencia infringidas, la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha pasado a exigir, además, la cita de los preceptos y jurisprudencia infringidas. Al poco tiempo de ello, una sentencia ha vuelto a aplicar el criterio de la no exigencia del anuncio de los motivos.

Palabras claves: Recurso de casación. Escrito de preparación. Requisitos. Novedades jurisprudenciales.

ABSTRACT

New approaches for the admission right of appeal on points of law against sentences and judicial proceedings issued by the National Court

Abstract: the article analyzes how the High Court has changed its approach on the necessary requirements in the preparation documents of the appeals on point of laws against sentences and judicial proceedings issued by the National Court. Throughout the last years, the High Court has applied two completely opposed approaches in connection with the issue of whether, in this document, the appellants have to announce the reason or reasons in which they will base their appeal. When it seemed to be stated, as a general approach, the fact of demanding the announcement of the reason, but not the quotation of the norms or the broken laws, the Chamber for Administrative Litigation has started to demand, as well, the quotation of the rules and broken laws. Shortly after it, a sentence has again applied the approach of non demanding of the quotation of the reasons.

Key words: Right of Appeal on Points of Law. Preparation Document. Requirements. Legal Innovations.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA REGULACIÓN POR LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN.

III. LA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS PRECEPTOS DE LA LJCA QUE REGULAN EL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS Y AUTOS DICTADOS POR LA AUDIENCIA NACIONAL.

(i) La interpretación, según la cual, cuando se trata de recurrir en casación sentencias y autos de la Audiencia Nacional, no resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales en el escrito de preparación del recurso;

(ii) La interpretación, según la cual, cuando se trata de recurrir en casación sentencias y autos de la Audiencia Nacional, sí resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales en el escrito de preparación del recurso, pero no la justificación de la infracción;

(iii) La interpretación, según la cual, cuando se trata de recurrir en casación sentencias y autos de la Audiencia Nacional, no sólo resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales en el escrito de preparación del recurso, sino también la justificación de la infracción.

IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL AUTO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE FEBRERO DE 2011.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo) ha dictado un Auto, de fecha 10 de febrero de 2011, por el que inadmite un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional (recurso de casación núm. 2927/2010), porque el recurrente, en su escrito de preparación, se había limitado a anunciar los motivos en que se basaría su recurso, pero no había hecho mención alguna a las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales que pretendía denunciar y desarrollar en el escrito de interposición.

Este último requisito, esto es, el de mencionar, en el escrito de preparación, las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales en las que se basará el recurso, no había sido exigido hasta ahora por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y el otro, es decir, el de anunciar, en el escrito de preparación, los motivos del recurso, se había exigido unas veces sí y otras no, tal y como lo demuestran numerosos Autos, destacando entre todos ellos uno, de la misma sección, en el que, pocos meses antes (noviembre de 2010), se había dicho literalmente que «*la exigencia legal de* necesaria y obligada *anticipación o anuncio* en el escrito de preparación *de los motivos* que se piensan esgrimir en la interposición, *es aplicable sólo respecto* de las sentencias procedentes *de los Tribunales Superiores de Justicia (quedan excluidas las Sentencias de la Audiencia Nacional y los Autos)*, al igual que ocurre con la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto, que sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia».

Ante un cambio de doctrina tan significativo y que puede tener gravísimas consecuencias para quienes, cumpliendo los requisitos exigidos por la propia Sala hasta el 10 de febrero de 2011, han preparado su recurso de casación con anterioridad a la fecha en que dicho Auto se ha hecho público, así como para quienes, teniéndolo que preparar después, el Auto en cuestión les haya podido pasar desapercibido, es importante dar cuenta de su existencia y analizar su argumentación.

II. LA REGULACIÓN POR LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio, en adelante, LJCA), en su artículo 89 establece lo siguiente:

> «1. El recurso de casación se preparará ante la Sala que hubiese dictado la resolución recurrida en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos.
>
> 2. En el supuesto previsto en el artículo 86.4, habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.
>
> 3. El recurso de casación podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida.
>
> 4. Transcurrido el plazo de diez días sin haberse preparado el recurso de casación, la sentencia o resolución recurrida quedará firme, declarándolo así el Secretario judicial mediante decreto».

Por su parte, el artículo 92.1 de la LJCA dispone:

> «Dentro del término del emplazamiento, el recurrente habrá de personarse y formular ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, en el que se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que se considere infringidas».

Antes, en su artículo 88, la Ley ha establecido que «el recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:

a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

Finalmente, a los efectos de nuestra exposición, el artículo 93.2 de la Ley establece que

> «La Sala dictará auto de inadmisión en los siguientes casos:
>
> a) Si, no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare en este trámite que no se han observado los requisitos exigidos o que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación...».

A tenor de lo expuesto, no parece que el conjunto de normas que acaban de trascribirse plantee especiales dificultades a la hora de su interpretación ya que, atendiendo «al sentido

propio de sus palabras», primer criterio de interpretación de las normas según el artículo 3.1 del Código Civil, lo que el legislador ha establecido es, expuesto en términos sucintos, lo siguiente:

(i) En el escrito de preparación del recurso de casación deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos (artículo 89.1 LJCA).

(ii) En el escrito de interposición, se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que se considere infringidas (artículo 92.1 LJCA).

(iii) En el supuesto de que el objeto del recurso de casación sea una sentencia dictada por un Tribunal Superior de Justicia, entonces, y puesto que estas sentencias sólo son recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario que hayan sido relevantes y determinantes del fallo recurrido, entonces, en el escrito de preparación, habrá que hacer el denominado «juicio de relevancia», esto es, justificar que, a pesar de ser una sentencia dictada por los Tribunales Superiores de Justicia, lo determinante para su fallo ha sido el Derecho estatal o comunitario y no el autonómico y/o local (artículo 89.2 LJCA).

Si éste es, en síntesis, y atendiendo al significado propio de los términos de los preceptos trascritos, el régimen jurídico que ha establecido el legislador, ¿cómo ha llegado el Tribunal Supremo a inadmitir un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Nacional argumentando que, en el escrito de preparación, el recurrente no ha mencionado las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales, cuando, según el artículo 89.1 de la Ley, en ese escrito, no tratándose de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicias, lo único que hay que hacer es (i) manifestar la intención de interponer el recurso y (ii) exponer sucintamente los requisitos de forma exigidos; mientras que, por el contrario y a tenor de lo establecido en el artículo 92 LJCA, es en el escrito de interposición cuando hay que (i) «expresar razonadamente el motivo o motivos en que se ampare» y (ii) citar «las normas o la jurisprudencia que considere infringidas»?

El camino recorrido hasta llegar a esa inesperada conclusión no ha sido rectilíneo, sino que, como expondré en el apartado siguiente, ha tenido idas y vueltas, pasos hacia delante y hacia detrás y, sobre todo, se ha caracterizado por el mantenimiento de dos criterios claramente opuestos, a los que se ha sumado ahora un tercero que, hasta el momento, no había estado presente en los razonamientos y exigencias de la Sala Tercera.

III. LA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS PRECEPTOS DE LA LJCA QUE REGULAN EL ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS Y AUTOS DICTADOS POR LA AUDIENCIA NACIONAL

El presente trabajo no tiene por objeto el estudio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cumplimiento de los requisitos para recurrir en casación las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, una doctrina que, en mi opinión, puede ser calificada de extremadamente formalista o, como dijera en su día el Magistrado del Tribunal Cons-

titucional Pablo García Manzano, de pura y simplemente «nominalista»[1]. Así lo pone de manifiesto, a mi entender, por ejemplo, el hecho de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo considere que, en los casos en los que sólo ha resultado de aplicación el Derecho estatal, no es suficiente, para cumplir con el requisito del artículo 89.2 LJCA (el denominado juicio de relevancia), citar las normas concretas de Derecho estatal que se consideran infringidas y especificar que dichas normas estatales son las únicas que han sido aplicadas en la sentencia que se recurre. Obvio es decir que, si son las únicas normas aplicadas por la Sentencia, habrán sido determinantes para el fallo. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo entiende así, sino que considera que no se ha justificado, en un caso así, que la infracción de una norma de Derecho estatal o comunitario haya tenido relevancia, determinando el fallo recurrido. Lo que hay que hacer, según el Tribunal, es hacer explícito «cómo, por qué y de qué forma la infracción de una norma estatal ha influido y ha sido determinante del fallo» (ATS de 8 de abril de 2010, recurso de casación núm. 5368/2009).

Pero como digo, el objeto de este trabajo es dar cuenta de un novedoso Auto del Tribunal Supremo que se refiere a los requisitos de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional, al hilo del cual analizaré la evolución de la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en relación con esta cuestión.

Para determinar con precisión dónde radica la novedad del Auto de 10 de febrero de 2011, es necesario exponer con carácter previo cómo venía interpretando el Tribunal Supremo hasta esa fecha la cuestión de los requisitos exigibles al escrito de preparación del recurso de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional. Y a este respecto, y como expondré a continuación, la Sala de lo Contencioso y, más exactamente, su Sección Primera, ha venido manteniendo dos interpretaciones muy distintas: (i) aquella que considera que en el escrito de preparación de esos recursos no es necesario anunciar o anticipar los motivos casacionales; y (ii) aquella otra que, por el contrario, sostiene que en dicho escrito sí que hay que anunciar los motivos de casación, aunque especifica que no es preciso justificar la infracción de Derecho que se denuncia. A esas dos interpretaciones, mantenidas, incluso, de forma paralela en el tiempo, se ha venido a sumar ahora, como ya he anticipado, una tercera que sin contar, salvo error por mi parte, con ningún precedente, al menos por lo que se conoce a través de las bases de datos, ha establecido que, además de anunciar los motivos en el escrito de preparación, hay que indicar «los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o [d]el contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar o desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta».

---

(1) En su voto particular al Auto del Tribunal Constitucional 3/2000, de 10 de enero, recurso de amparo 1539/1999, ante la inadmisión de un recurso de casación contra una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, en la que el único Derecho aplicable había sido el del Estado, el Magistrado se pregunta: «¿se ha de justificar lo no necesitado de justificación?». Y a continuación responde: «Sería ello convertir la justificación en este caso no ya en un mero formalismo sino en un puro y simple "nominalismo"». Y continúa diciendo que si la única norma aplicada y aplicable, interpretada y considerada por la Sala sentenciadora, es una norma emanada del Estado, y es la única, sin posibilidad de confusión con cualesquiera otras, ni estatales ni autonómicas, «obligar a decir que no está en cuestión derecho emanado de la Comunidad Autónoma, no es ya un puro formalismo, y enervante, por tanto (porque enerva la revisión casacional), sino sencillamente la exigencia en el escrito de preparación del recurso de utilizar fórmulas cuasi-sacramentales».

(i) La interpretación, según la cual, cuando se trata de recurrir en casación sentencias y autos de la Audiencia Nacional, no resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales en el escrito de preparación del recurso

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha mantenido esta interpretación en una serie de Autos que tienen en común el hecho de rechazar todos ellos la causa de inadmisión alegada por la parte recurrida y consistente en no haber expresado el recurrente, en su escrito de preparación, los motivos en que se fundamentaría su recurso. Incluso, en algunos de ellos, se había alegado, además, que el recurrente no había citado, siquiera brevemente, las normas o la jurisprudencia que consideraba infringidas. Todos estos Autos, dictados entre los años 2002 y 2010, se refieren a recursos de casación contra sentencias de la Audiencia Nacional y tienen también la característica común de citar expresamente, como fundamento de su decisión, los artículos 92.1 y 89.1 de la LJCA[(2)]. Valga como ejemplo el de fecha 28 de enero de 2010 (recurso 1781/2009, ponente: José Manuel Sieira Miguez), en el que se dice lo siguiente:

> «La oposición formulada por la representación procesal de la recurrida alegando que "el escrito de preparación del recurso de casación no cumple con el requisito formal exigido por el artículo 89 LJCA referido a la mención sucinta de los motivos del recurso" no puede prosperar, pues *la expresión de tales motivos es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso, y así lo establece el artículo 92.1 de la Ley* de la Jurisdicción, *no en el de preparación,* en el que, *con arreglo al artículo 89.1*, basta manifestar la intención de interponer el recurso y hacer una sucinta exposición de los requisitos de forma exigidos»[(3)].

---

(2) Autos de 23 de septiembre de 2002, recurso 6367/2002; de 11 de noviembre de 2002, recurso 6522/2002; de 10 de enero de 2003, recurso 1979/2001; de 10 de enero de 2003, recurso 6796/2000; de 27 de marzo d e 2003, recurso 7609/2000; de 27 de marzo de 2003, recurso 2631/2001; de 26 de junio de 2003, recurso 4410/2001; de 6 de noviembre de 2003, recurso 4141/2002; de 25 de marzo de 2004, recurso 3467/2002; de 29 de abril de 2004, recurso 2427/2002; de 24 de junio de 2004, recurso 2224/2002; de 24 de junio de 2004, recurso 7124/2002; de 21 de julio de 2004, recurso 1246/2003; de 13 de enero de 2005, recurso 4434/2003; de 20 de enero de 2005, recurso 407/2003; de 20 de enero de 2005, recurso 3539/2003; de 17 de febrero de 2005, recurso 5678/2003; de 7 de abril de 2005, recurso 9547/2003; de 26 de mayo de 2005, recurso 6922/2003; de 16 de junio de 2005, recurso 5165/2002; de 30 de junio de 2005, recurso 8958/2003; de 7 de julio de 2005, recurso 902/2004; de 21 de julio de 2005, recurso 4714/2003; de 22 de septiembre de 2005, recurso 864/2004; de 6 de octubre de 2005, recurso 6448/2004; de 27 de octubre de 2005, recurso 5541/2004; de 11 de octubre de 2006, recurso 1174/1998; de 11 de enero de 2007, recurso 955/2005; de 15 de febrero de 2007, recurso 656/2006; de 29 de marzo de 2007, recurso 3989/2005; de 12 de julio de 2007, recurso 5013/2006; de 25 de octubre de 2007, recurso 6279/2006; de 6 de marzo de 2008, recurso 2586/2007, y de 28 de enero de 2010, recurso 1781/2009. Igualmente, se mantiene este criterio en numerosos Autos, si bien referidos a recursos de casación contra sentencias de Tribunales Superiores de Justicia (Autos de 3 de diciembre de 2003, recurso 4039/2001; de 7 de julio de 2005, recurso 7898/2003; de 15 de septiembre de 2005, recurso 5193/2004; de 26 de octubre de 2006, recurso 920/2005; de 7 de junio de 2007, recurso 4219/2005; de 9 de octubre de 2008, recurso 5191/2007; de 10 de septiembre de 2009, recurso 684/2009). Por último, es importante subrayar que este mismo criterio, con cita expresa de los artículos 92.1 y 89.1 de la LJCA es mantenido también en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo *de 17 de abril de 2008*, recurso 7452/2002.

(3) El párrafo que se ha trascrito es el que más se repite en los Autos que se han citado en la nota anterior. Existen, no obstante, otras fórmulas para expresar el mismo criterio. Así, por ejemplo, se dice que «… tampoco se aprecia la concurrencia de la posible causa de inadmisión opuesta por la parte recurrida, toda vez que la motivación del recurso de casación es exigible únicamente respecto del escrito de interposición del recurso —artículo 92.1 de la LRJCA— no respecto del de preparación, en el que, conforme al artículo 89.1 de la citada Ley Jurisdiccional, sólo se deberá manifestar la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos. Todo ello a salvo del supuesto previsto en el artículo 89.2, en relación con el 86.4, de la Ley de esta Jurisdicción, que

Especial importancia reviste, en mi opinión, el Auto de 23 de abril de 2009 (recurso 3146/2008. Ponente: R. Fernández Montalvo), pues aunque se refiere a un recurso contra una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, la Sección hace un esfuerzo por clarificar su posición y fijarla —pretendidamente— con carácter definitivo. Lo primero que destaca en este Auto es que la Sección expone cuál es el estado de la cuestión aludiendo expresamente a la falta de unanimidad existente en relación con determinados aspectos de ésta. El Auto, en efecto, va repasando los criterios del Tribunal y los va agrupando en torno a cuestiones en las que ha habido unanimidad y cuestiones en las que no la ha habido, destacando, respecto de estas últimas, las cuestiones respecto de las cuales, a pesar de que no exista un criterio uniforme hay, sin embargo, un criterio mayoritario. Los razonamientos del Tribunal son los siguientes:

> «Hemos de reconocer que si bien la jurisprudencia ha sido unánime a la hora de exigir en el escrito de preparación la observancia de requisitos como los de hacer constar la legitimación de la parte recurrente o el carácter recurrible de la resolución combatida, sin embargo no ha existido la misma unanimidad por lo que respecta a la necesidad de anticipar en dicho escrito los concretos motivos que se harán valer en la interposición del recurso, ni en cuanto a las consecuencias de la omisión de ese extremo».

Éste es, pues, el punto sobre el que existe discrepancia dentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: si en el escrito de preparación hay que anticipar o no los motivos casacionales.

Destacada la discrepancia, a continuación el Tribunal declara que la doctrina sí que es «pacífica y uniforme» respecto a la interpretación de los artículos 86.4 y 89.2 de la LJCA, cuya aplicación conjunta les lleva a entender que

> «cuando se pretenden impugnar sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, y el recurso de casación se fundamenta en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate [artículo 88.1.d) LJCA], en el escrito de preparación ha de anticiparse la interposición del recurso por este motivo, más aun, no sólo ha de anunciarse el motivo sino que también ha de justificarse suficientemente que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia *(la misma jurisprudencia ha puntualizado que esta carga sólo es exigible respecto de las sentencias susceptibles de casación dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrati-*

---

no hace el caso al proceder la sentencia recurrida de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional» (entre otros, Auto de 23 de septiembre de 20032, recurso 6367/2000). Otra fórmula que se utiliza en estos Autos (entre otros, el de 12 de julio de 2007, recurso 5013/2006) es la siguiente: «no se aprecia la concurrencia de la causa de inadmisión opuesta por la parte recurrida, toda vez que la expresión de los motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso, y así lo establece el artículo 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, no en el de preparación, en el que, con arreglo al artículo 89.1, basta manifestar la intención de interponer el recurso y hacer una sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos. Tales requisitos no son explícitamente consignados en el mencionado precepto, pero este Tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de hacer constar el carácter recurrible de la resolución que se intenta impugnar, la legitimación de la parte recurrente, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación y la intención de interponer el recurso de casación contra la sentencia o auto impugnados (por todos, Auto de 5 de febrero de 2001), lo que el escrito de preparación del Abogado del Estado satisface de forma suficiente».

vo de los Tribunales Superiores de Justicia y no es de aplicación respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional».

Así, pues, unanimidad a la hora de considerar que en, en el escrito de preparación de los recursos contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, basados en el motivo del artículo 88.1.d), sí tiene que anticiparse el motivo y, además, hay que hacer el juicio de relevancia, cosa que, por el contrario, también según una doctrina que la propia Sala califica de «pacífica y uniforme», no es exigible cuando el recurso se interpone contra sentencias de la Audiencia Nacional.

Para terminar con este relato de encuentros y desencuentros jurisprudenciales, el Tribunal afirma:

> «Empero, no ha existido esa misma unanimidad jurisprudencial a la hora de resolver si los motivos previstos en los subapartados a), b) y c) han de ser en todo caso anunciados en el escrito de preparación aunque no sea necesario "justificar" de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien (configurándose así ese anuncio como un auténtico presupuesto de procedibilidad para que puedan ser válidamente esgrimidos en el escrito de interposición). Con todo*, la jurisprudencia no uniforme pero sí mayoritaria ha resaltado la necesidad de que, efectivamente, tratándose de la impugnación de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, dichos motivos sean anunciados en el escrito de preparación* (tal es el caso de la sentencia de esta misma Sala —Sección 5.ª— de 25 de abril, recurso de casación 6789/2003, que ya fue citada en la providencia que abrió trámite de audiencia a las partes, así como el de la Sentencia de la Sección 4.ª de 26 de octubre de 2004, en el recurso de casación 539/2002, y Sentencia de la Sección 5.ª de 14 de julio de 2003, en el recurso de casación 840/1999, entre otros)».

De lo expuesto, se deduce que, hasta ese momento, existía unanimidad sobre las cuestiones siguientes: (i) en todo recurso de casación, en el escrito de preparación, además de manifestar la intención de interponer el recurso, debe hacerse constar la legitimación del recurrente, el carácter recurrible de la resolución y la interposición en plazo del recurso; (ii) en los recursos de casación contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, basados en el motivo 88.1.d), es necesario anticipar el motivo y hacer el juicio de relevancia; (iii) sin embargo dicha «carga» no es exigible a los escritos de preparación de los recursos contra las sentencias de la Audiencia Nacional. Por último, respecto de la cuestión de si hay que anticipar —aunque no sea necesario «justificar» las infracciones denunciadas— los motivos de los apartados a), b) y c) del artículo 88 LJCA, la Sala reconoce que no hay unanimidad, pero sí una «jurisprudencia mayoritaria» que exige, «tratándose de la impugnación de una sentencia *de un Tribunal Superior de Justicia*», que dichos motivos sean anunciados en el escrito de preparación.

Expuesto el estado de la cuestión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo manifiesta, con cierta solemnidad, que ha llegado el momento de aclarar «definitivamente» esta cuestión y, en ese sentido, afirma:

> «Así las cosas, *hemos de clarificar y resolver definitivamente esta cuestión* en el sentido que acabamos de apuntar, *con base en las siguientes consideraciones:*
>
> a) Los dos apartados de que consta el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción deben ser interpretados y aplicados de forma conjunta y armónica Así el segundo apartado no es

independiente del primero o alternativo al mismo, al contrario, se asienta en el apartado primero y establece un requisito añadido sobre éste, para el caso específico que en él se contempla, de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia. Consiguientemente, la regla general aplicable a todos los casos y motivos casacionales (*ex* artículo 89.1) es que ha de anunciarse ya en la preparación el motivo del artículo 88.1 al que se acogerá el recurso de casación; y existe además un caso específico de impugnaciones casacionales (*ex* artículo 89.2), las concernientes a sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y basadas en el motivo casacional del subapartado d), en las que ha de darse en el propio escrito de preparación un paso más, no sólo anunciando el motivo sino además justificando, sucinta pero en todo caso suficientemente, la infracción del Derecho estatal o de la Unión Europea en que ese motivo pretende basarse, como corresponde a su naturaleza.

b) Por eso, si el escrito de preparación no especifica en modo alguno los motivos a los que se acogerá la interposición, el recurso es inadmisible por aplicación del artículo 93.2.a) en relación con los artículos 88.1 y 89.1, todos ellos de la Ley Jurisdiccional, por haber sido defectuosamente preparado. Y esta misma conclusión, la de inadmisibilidad es de aplicación, aunque sea de forma limitada a los motivos casacionales afectados, cuando se desarrolle en el escrito de interposición un motivo no anunciado previamente en el escrito de preparación.

*c) La exigencia legal de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable sólo respecto de las sentencias procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia (**quedan excluidas las Sentencias de la Audiencia Nacional y los Autos**)*, al igual que ocurre con la carga añadida del apartado segundo del artículo 89 LJCA (juicio de relevancia) que sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia».

Así, pues, la cuestión queda aclarada «definitivamente», según el propio Tribunal Supremo, en el siguiente sentido: cuando se recurre una sentencia o auto de la Audiencia Nacional, al escrito de preparación no le resulta exigible el anuncio o anticipación de los motivos casacionales (no digamos, pues, la justificación de la infracción anunciada), mientras que, cuando se trata de recursos de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, es necesario anticipar los motivos casacionales —cualquiera de los enunciados en el artículo 88.1 y no sólo el de la letra d)—, con el *plus* («la carga añadida», en palabras del Tribunal Supremo) de, en esos casos, y sólo en esos casos, justificar que la infracción del Derecho estatal o europeo ha sido determinante del fallo.

Para terminar, es importante señalar que tanto en este Auto de 2009, como en otros posteriores que mantienen el mismo criterio (por ejemplo, el de 9 de julio del mismo año, ponente: R. Enríquez Sancho y el de 25 de noviembre de 2010, ponente: J.M. Sieira Miguez) la Sala destaca el carácter extraordinario y eminentemente formal del recurso de casación, así como la importancia de la fase de preparación de dicho recurso, diciendo que ésta no se configura en la LJCA «como un mero formalismo carente de mayor trascendencia sino más bien como un trámite que adquiere sustantividad propia, en cuanto ha sido establecido por el legislador con la evidente finalidad de permitir al mismo Tribunal que ha dictado la resolución judicial efectuar un primer juicio sobre la procedencia del recurso y constatar si se dan las condiciones previstas en la Ley de la Jurisdicción para darle trámite y remitir lo actuado ante el Tribunal Supremo. Obvio es que esa finalidad sólo puede cumplirse si la Sala *a quo* dispone de toda la información necesaria para formar criterio sobre

tal cuestión; de ahí que sea carga del interesado en recurrir en casación proporcionar ya en el escrito de preparación los datos indispensables para comprobar el cumplimiento de esos requisitos; sin que, por lo demás, esa carga procesal que sólo al recurrente afecta pueda ni deba ser cumplida o completada por la Sala de oficio y en perjuicio de la parte procesal enfrentada a quien pretende recurrir»[(4)].

Esta jurisprudencia, de acuerdo con la cual a los escritos de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional no les resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales, ha sido reiterada en numerosos Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, algunos de los cuales citan el Auto de 23 de abril de 2009, que acabo de exponer, refiriéndose al mismo como la resolución que «deja zanjada esta cuestión». Así, por ejemplo, el de 29 de octubre de 2010, recurso de casación 1965/2009 (ponente: M. de Oro-Pulido y López); el de 9 de julio de 2009, recurso de casación 5647/2009 (ponente: R. Enríquez Sancho); el de 28 de enero de 2010, recurso de casación 1981/2009 (ponente: J.M. Sieira Miguez); el de 7 de octubre de 2010, recurso de queja 114/2010 (ponente: J.M. Sieira Miguez), y el de 25 de noviembre de 2010, recurso de casación 2999/2009 (ponente: J.M. Sieira Miguez). Repárese en la fecha de este último (25 de noviembre de 2010), ya que se dicta una semana después de otro —de fecha 18 de noviembre de 2010— que, como veremos a continuación, no sólo dice todo lo contrario, sino que, además, viene, según sus propias palabras, a «clarificar la doctrina». Examinemos, a continuación, esta segunda línea jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

(ii) La interpretación, según la cual, cuando se trata de recurrir en casación sentencias y autos de la Audiencia Nacional, sí resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales en el escrito de preparación del recurso, pero no la justificación de la infracción

Entre los Autos de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que sostienen este criterio, hay que mencionar un grupo de ellos en los que se inadmiten recursos de casación contra sentencias de la Audiencia Nacional por no haber anunciado los recurrentes, en su escrito de preparación, el motivo en el que se fundamentaría su recurso que, en esos casos era, el de la letra c) del artículo 88.1 LJCA. Se trata de los Autos de 3 de diciembre de 2009, recurso de casación 587/2009 (ponente: R. Enríquez Sancho); de 4 de marzo de 2010, recurso de casación 4416/2009 (ponente: P.J. Yagüe Gil) y de 6 de mayo de 2010, recurso de casación 6228/2009 (ponente: P.J. Yagüe Gil). En ellos, el único y, en mi opinión, extremadamente parco argumento para sostener el mencionado criterio, es el siguiente:

> «Téngase en cuenta que el artículo 86.4 LJCA exige, en lo relativo a la impugnabilidad de la sentencia, que si en el escrito de preparación no se anuncia que el recurso vendrá fundado en su día en motivo distinto del previsto en el citado artículo 88.1.d) es imposible que el Tribunal *a quo*, al que corresponde pronunciarse sobre la preparación del recurso, pueda

(4) Auto de 23 de abril de 2009, Fundamento de Derecho tercero; Auto de 9 de julio de 2009, Fundamento de Derecho tercero y, en términos prácticamente idénticos, Auto de 25 de noviembre de 2011, Fundamento de Derecho segundo.

> conocer este dato (Autos de 12 de mayo de 2005, recurso núm. 5610/2000; de 11 de octubre de 2007, recurso núm. 20/2007 y de 29 de noviembre de 2007, recurso núm. 4904/2006, entre otros)[5]».

El razonamiento resulta, en mi opinión, poco claro, pues se fundamenta en un precepto de la Ley —el artículo 86.4— que, aparte de referirse exclusivamente a los recursos contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, no exige lo que, en el párrafo trascrito se dice que «exige», ya que, literalmente, lo que establece es que las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia «sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora».

La misma conclusión, pero con un razonamiento mucho más extenso, se sostiene en una serie de Autos que, de la misma manera a como hiciera el ya citado Auto de 23 de abril de 2009, empiezan por hacer un repaso de la doctrina de la Sala, poniendo de manifiesto la falta de unanimidad respecto de determinadas cuestiones, y añadiendo ahora algunos aspectos referentes a esa falta de unanimidad que antes no se habían destacado.

Así, en efecto, en el Auto de 14 de octubre de 2010, recurso de casación 573/2010 (ponente: J. M. Sieira Miguez), dictado, por cierto, en un recurso contra una Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, y en numerosos Autos que lo han seguido y reiterado[6], la Sección, tras exponer su doctrina, en términos sustancialmente idénticos a como lo venía haciendo hasta ese momento, y destacando sobre qué cuestiones dicha doctrina era uniforme y sobre cuáles no, afirma lo siguiente:

> «Ahora bien, no ha existido esa misma unanimidad a la hora de resolver si los motivos previstos en los apartados a), b) y c) han de ser en todo caso anunciados en el escrito de preparación, aunque no sea necesario "justificar" de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien, configurándose así ese anuncio como un auténtico presupuesto de procedibilidad para que puedan ser válidamente esgrimidos y desarrollados en el escrito de interposición.
>
> En este particular, debe precisarse que, aunque no han faltado resoluciones de esta Sala que han dado una respuesta negativa a tal cuestión, señalando que la expresión de los motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso, no en el de preparación (ATS, Sección 1.ª, de 12 de julio de 2007, recurso de casación 5013/2006), se ha sostenido por la Sala mayoritariamente la exigencia de anunciar esos motivos de los apartados a), b) y c) en el escrito de preparación,

(5) Auto de 3 de diciembre de 2009, recurso 587/2009.

(6) Reiteran lo dicho en este Auto, los siguientes: 14 de octubre de 2010, recurso 951/2010 (ponente: J. Herrero Pina); 18 de noviembre de 2010, recurso 3461/2010 (ponente: R. Fernández Montalvo); 2 de diciembre de 2010, recurso 5038/2010 (ponente: J.M. Sieira Miguez); 2 de diciembre de 2010, recurso 3852/2010 (ponente: J.M. Sieira Miguez); 16 de diciembre de 2010, recurso 5114/2010 (ponente: R. Fernández Montalvo); de 16 de diciembre de 2010, recurso 3789/2010 (ponente: J.M. Sieira Miguez); de 16 de diciembre de 2010, recurso 4808/2010 (ponente: J.M. Sieira Miguez); 13 de enero de 2011, recurso 4792/2010 (ponente: P.J. Yague Gil); 20 de enero de 2011, recurso 2923/2010 (ponente: R. Fernández Montalvo); 20 de enero de 2011, recurso 5806/2010 (ponente: J.J. González Rivas); 3 de febrero de 2011, recurso 3005/2010 (ponente: R. Fernández Montalvo), y 3 de febrero de 2011, recurso 3005/2010 (ponente: J.J. González Rivas).

> como es el caso de la sentencia de esta misma Sala —Sección 5.ª— de 25 de abril de 2007, recurso de casación 6789/2003, referida a una Sentencia de un Tribunal de Justicia(7), y con abundante cita de otras resoluciones similares, las Sentencias de 10 de julio de 2002, 14 de julio de 2003 y 26 de octubre de 2004, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 299/1997, 840/1999 y 539/2002, y los Autos de esta Sala, Sección 1.ª, de 12 de mayo de 2005, recurso de casación 5610/2000, 5 de octubre de 2006, recurso de casación 1626/2005, de 25 de octubre de 2007, recurso de casación 7678/2005, 11 de octubre de 2007, recurso de casación 20/2007, 29 de noviembre de 2007, recurso de casación 4904/2006 y 22 de mayo de 2008, recurso de casación 4454/2007, entre otros».

Debe aclararse que las sentencias y autos citados tienen un denominador común, cual es el de que todos ellos se refieren a recursos de casación contra sentencias de Tribunales de Justicia y no contienen referencia alguna de la que pueda deducirse que ese mismo requisito —consistente en anunciar en el escrito de preparación de los recursos contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no sólo el motivo de la letra d) del artículo 88.1 LJCA, sino también los motivos de las otras letras (a, b y c)— resulte de aplicación también a los recursos contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional.

Dicho ello, sigamos con la exposición que el Auto de 14 de octubre de 2010 hace de la titubeante doctrina de la Sala, declarando a continuación del párrafo trascrito lo siguiente:

> «Más recientemente, los Autos de esta Sala y Sección de 3 de diciembre de 2009 (recurso 587/2009), 4 de marzo de 2010 (recurso 4416/2009) y de 6 de mayo de 2010 (recurso 6228/2009) de forma explícita también han impuesto la carga de anunciar en el escrito de preparación los motivos que se desarrollarán en el escrito de interposición respecto de sentencias procedentes de las Salas [*sic*] de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.
>
> No obstante, debe reconocerse que en ocasiones tal exigencia se ha predicado tan sólo respecto de los recursos de casación preparados frente a sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, excluyéndose expresamente esta exigencia respecto de las Sentencias de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [en este sentido, Autos de esta Sala y Sección de 23 de abril de 2009 (recurso 3146/2008), 9 de julio de 2009 (recurso 5647/2008) y 6 de abril de 2009 (recurso 5368/2009)(8), entre otros(9)]. Además, no faltan resoluciones que apuntan que la falta de anuncio en la preparación de los motivos a), b) y c) adquiere especial relevancia, justamen-

---

(7) Esta expresión —«referida a una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia»— es matizadamente distinta a la equivalente del Auto de 23 de abril de 2009 que dice así: «Con todo, la jurisprudencia no uniforme pero sí mayoritaria ha resaltado la necesidad de que, efectivamente, *tratándose de la impugnación de una Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia*, dichos motivos sean anunciados en el escrito de preparación (tal es el caso de la Sentencia de esta misma Sala —Sección 5.ª— de 25 de abril de 2007, recurso de casación 6789/2003...)».

(8) La fecha del Auto correspondiente al recurso de casación 5368/2009, citado en el apartado primero de este trabajo, aparece en la base de datos de westlaw como de 8 de abril, en lugar de 6 de abril. Lo aclaro para que el lector tenga en cuenta que se trata del mismo Auto.

(9) En efecto, y como ya se ha expuesto, hay otros Autos, que éste y los que le siguen no citan, que han excluido expresamente los recursos contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional de la obligación de anunciar los motivos casacionales en el escrito de preparación. Se trata de los Autos de 29 de octubre de 2009 (recurso 1965/2009); de 28 de enero de 2010 (recurso 1981/2009); de 7 de octubre de 2010 (recurso 1141/2010), y de 25 de noviembre de 2010 (recurso 2999/2010). Es cierto que éste, por ser posterior, no podía ser citado por el Auto de 14 de octubre, pero tam-

> te, cuando se inadmite por defectuosa preparación el motivo del apartado d), sobre la base de que si no se cumplen las exigencias de los artículos 86.4 y 89.2 de la Ley Jurisdiccional y en el escrito de preparación no se anuncia que el recurso vendrá fundando en su día en motivo distinto del previsto en el citado artículo 88.1.d) es imposible que el Tribunal *a quo*, al que corresponde pronunciarse sobre la preparación del recurso, pueda conocer ese dato y decidir en consecuencia tener por preparado el recurso con relación a tales motivos (por todos, Auto de 2 de octubre de 2008, recurso de casación 262/2006)».

De nuevo debe advertirse que ese Auto que se cita por todos se refiere a un recurso de casación contra una Sentencia de un Tribunal Superior de Justicia y, salvo error por mi parte, nada se dice en él —ni explícita ni implícitamente— sobre la aplicación de ese criterio a los recursos contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional.

Así, pues, de la exposición que realiza el propio Auto, cabe concluir que, en relación con los recursos de casación contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, no es unánime pero sí mayoritaria la doctrina que exige que, en el escrito de preparación, se anuncien los motivos de los apartados a), b) y c) del artículo 88.1 LJCA, y no sólo el de la letra d) con el correspondiente juicio de relevancia, mientras que existe discrepancia sobre si la anticipación, en el escrito de preparación, de los motivos casacionales es exigible también a los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional. Ante esta situación, el Auto de 14 de octubre de 2010 dice que viene a aclarar y a «reconducir» la doctrina de la Sala respecto de esta cuestión y, en tal sentido, afirma:

> «Así las cosas, *entendemos necesario clarificar la doctrina jurisprudencial* en relación con tal cuestión, *que debe reconducirse* con arreglo a las siguientes consideraciones:
>
> a) Cuando el artículo 89.1 LJCA establece que el escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos de forma exigidos, se está refiriendo a los requisitos perfilados en los artículos anteriores y entre ellos figura de forma primordial la tajante regla procesal del artículo 88.1, que exige que el recurso se funde, exclusivamente, en alguno o algunos de los cuatro primeros motivos que ahí se perfilan; de manera que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación el concreto o concretos motivos en que se fundará el recurso y no en cualesquiera otras razones no contempladas en la Ley Jurisdiccional. Si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos al que se acogerá el escrito de interposición, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal *a quo* quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de esos cuatro motivos y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal, y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal pertinente.
>
> b) Los dos primeros apartados de que consta el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción deben ser interpretados y aplicados de forma conjunta y armónica. Así, el segundo apartado no es independiente del primero o alternativo al mismo, al contrario, se asienta en el apartado primero y establece un requisito añadido sobre éste, para el caso específico

---

poco lo citan los otros muchos Autos que han seguido el criterio del de 14 de octubre y que son de fecha muy posterior al de noviembre.

que en él se contempla, de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia. Consiguientemente, la regla general aplicable a todos los casos y motivos casacionales (*ex* artículo 89.1) es que ha de anunciarse ya en la preparación el motivo del artículo 88.1 al que se acogerá el recurso de casación; y existe además un caso específico de impugnaciones casacionales (*ex* artículo 89.2), las concernientes a sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y basadas en el motivo casacional del apartado d), en las que ha de darse en el propio escrito de preparación un paso más, no sólo anunciando el motivo sino además justificando, sucinta pero en todo caso suficientemente, la relevancia de la infracción del Derecho estatal o de la Unión Europea en que ese motivo pretende basarse en el fallo de la sentencia, como corresponde a su naturaleza.

c) Si el escrito de preparación no especifica en modo alguno los motivos a los que se acogerá la interposición, el recurso es inadmisible por aplicación del artículo 93.2.a) en relación con los artículos 88.1 y 89.1, todos ellos de la Ley Jurisdiccional, por haber sido defectuosamente preparado. Y esta misma conclusión, la de la inadmisibilidad, será de aplicación, aunque sea de forma limitada a los motivos casacionales afectados, cuando se desarrolle en el escrito de interposición un motivo no anunciado previamente en el escrito de preparación.

d) Esta exigencia legal primaria del artículo 89.1, *de necesaria y obligada anticipación o anuncio* en el escrito de preparación *de los motivos* que se piensan esgrimir en la interposición, *es aplicable tanto respecto* de las sentencias y autos procedentes *de los Tribunales Superiores de Justicia como respecto de* los dictados por *la Audiencia Nacional*, si bien, como antes dijimos y es jurisprudencia consolidada, la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia».

Si comparamos este Auto de 14 de octubre de 2010 —y todos los que siguiéndolo transcriben su contenido— con el de 23 de abril de 2009 —que fue el primero que, tras poner de manifiesto la falta de uniformidad en la aplicación de la Ley por parte de la Sala, estableció unos criterios con los que, según se decía literalmente, se venía a «*clarificar y resolver definitivamente esta cuestión*»— cabe observar que en el Auto de 14 de octubre de 2010 —y en los que siguieron su criterio— también hay un fundamento de Derecho en el que la Sección, tras exponer el estado de la cuestión, poniendo de manifiesto la falta de uniformidad de criterio de la Sala en relación con determinados aspectos de la admisión de los recursos de casación, afirma igualmente que va a «clarificar» y a «reconducir» su doctrina jurisprudencial. Ahora bien, en estos Autos hay dos novedades o diferencias respecto de los que hemos analizado en el apartado anterior: la primera consiste en que ahora se añade, en el correspondiente Fundamento de Derecho, un párrafo primero —el a)— sobre el significado del artículo 89.1 LCJA, y en él viene a decirse que cuando el artículo 89.1 establece que en el escrito de preparación deben exponerse de forma sucinta los requisitos de forma exigidos, se está refiriendo a los requisitos establecidos en *todos* los artículos anteriores, entre los que se incluye el artículo 88.1 con su lista de motivos casacionales. La segunda novedad radica en que el párrafo c) del Fundamento de Derecho quinto de ese Auto de 23 de abril de 2009 y de los fundamentos de Derecho equivalentes en los Autos posteriores que reprodujeron su contenido, que decía que «la exigencia legal de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable sólo respecto de las sentencias procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia, (*quedan excluidas las Sentencias de la Audiencia Nacional y*

los Autos)...», ha sido sustituido por otro —ahora el d)— del correspondiente Fundamento de Derecho en todos esos Autos que dice exactamente lo contrario, a saber: «esta exigencia legal primaria del artículo 89.1, de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, *es aplicable tanto respecto de las sentencias y autos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia como respecto de los dictados por la Audiencia Nacional,* si bien, como antes dijimos y es jurisprudencia consolidada, la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia».

Ni una frase, ni una palabra que explique el cambio de criterio: simplemente se modifica la redacción del Fundamento de Derecho de tal manera que donde antes se decía una cosa (*quedan excluidas* las sentencias de la Audiencia Nacional y los Autos), ahora se dice la contraria (*es aplicable* tanto respecto de las sentencias y autos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia como respecto de los dictados por la Audiencia Nacional…). Es decir, que mientras antes se entendía que, de conformidad con el artículo 92.1 de la LJCA, el anuncio de los motivos casacionales no era exigible al escrito de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional, y sí al de interposición, ahora se entiende que en la expresión «requisitos de forma» del artículo 89.1 de la LJCA hay que entender incluidos los motivos del 88.1, tanto si se trata de recursos contra resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, como de la Audiencia Nacional. Todo ello con el agravante de que, poco más de un mes después, y como ya ha quedado expuesto, de nuevo un Auto —el de 25 de noviembre de 2010 (recurso de casación 2999/2010)— vuelve a reiterar el criterio de que quedan excluidos de la obligación de anunciar los motivos casacionales en el escrito de preparación los recursos contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional.

Dicho ello, lo que, en mi opinión, parece quedar claro en estos Autos es que la exigencia que —ahora parece que definitivamente— resulta de aplicación a los escritos de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional se refiere exclusivamente a la necesidad de anticipar los motivos, pero, en ningún caso, a la obligación de añadir, además, la cita de los preceptos y jurisprudencia infringidos. Y ello es así, en mi opinión, porque no sólo no se dice nada parecido en ningún momento —y no hay que olvidar que estos Autos están unificando criterios y aclarando la doctrina— sino que, más bien, se dice todo lo contrario.

En efecto, debe recordarse que cuando estos Autos declaran que no existe unanimidad respecto de si hay que anunciar o no en el escrito de preparación los motivos de los apartados a), b) y c), afirman lo siguiente:

> «Ahora bien, no ha existido esa misma unanimidad a la hora de resolver si los motivos previstos en los apartados a), b) y c) han de ser en todo caso anunciados en el escrito de preparación, *aunque no sea necesario "justificar" de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien...*».

Pero, sobre todo, es que, además, cuando estos Autos concluyen que el requisito en cuestión también deben cumplirlo los escritos de preparación de los recursos contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional, a lo que se refieren es a la «exigencia legal primaria del artículo 89.1, de *necesaria y obligada anticipación o anuncio* en el escrito de preparación *de los motivos* que se piensan esgrimir en la interposición...» y a ninguna otra cosa más. Así se dice en el Auto de 14 de octubre de 2010 y se repite en todos y cada uno de los Autos

que siguen su criterio y que se han citado en nota, incluidos los más recientes de fecha 3 de febrero de 2011 (recursos de casación 3005/2010 y 5090/2010). Y es, precisamente, por eso por lo que sorprende que, días después, la Sección haya dictado el Auto de 10 de febrero de 2011, anunciado al principio de este trabajo, en el que, dando un paso más, y de forma repentina, si por tal se entiende «lo que se produce de pronto o sin preparación o aviso», viene a decir que, además de anunciar los motivos, hay que citar las normas y jurisprudencia que se consideran infringidas. Veamos, finalmente, lo que dice este importante Auto.

(iii) La interpretación, según la cual, cuando se trata de recurrir en casación sentencias y autos de la Audiencia nacional, no sólo resulta exigible el anuncio de los motivos casacionales en el escrito de preparación del recurso, sino también la justificación de la infracción

Hasta que se dicta el Auto de 10 de febrero de 2011 (recurso de casación 2927/2010, ponente: Pedro José Yagüe Gil), la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en los Autos que se han analizado en el apartado anterior, al abrir el trámite del artículo 93.3 de la LJCA, había puesto de manifiesto, como causa de inadmisión, la de *no haber anunciado* en el escrito de preparación *el motivo o motivos* en que se fundamentaría el recurso. Ésta es la expresión que se repite en todos esos Autos, si bien en uno de ellos (Auto de 16 de diciembre de 2010, recurso de casación 5114/2010), se añade un matiz que, en mi opinión, podría confundir a los recurrentes, en el sentido de hacerles creer que basta con una invocación *implícita* de los motivos casacionales para considerar cumplido el requisito de su anuncio en el escrito de preparación. Me refiero a la siguiente afirmación contenida en el apartado segundo de los Hechos del Auto citado: «por no haberse hecho constar en el escrito de preparación del recurso la oportuna invocación del motivo de casación articulado por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 LRJCA, donde únicamente se anunció la interposición del recurso por el motivo contemplado en la letra d) del citado precepto, *sin que apuntara nada* entonces, *ni siquiera implícitamente*, sobre la futura articulación de un motivo casacional por el cauce del referido subapartado c), ulteriormente desarrollado en el escrito de interposición (artículos 89.1 y 90 LRJCA)». A pesar de que el Auto parece admitir que pueda ser suficiente con «apuntar implícitamente» los motivos casacionales, a juzgar por cómo viene interpretando el Tribunal Supremo a lo largo de los últimos años el concepto de «defectuosa preparación del escrito de preparación», cuesta pensar que la Sala pueda dar por bueno y admitir un recurso en el que, no obstante no haberse anunciado explícitamente en el escrito de preparación el motivo concreto, se pudiese deducir del citado escrito que el recurso se fundamentará en dicho motivo casacional. Debería ser así, en mi opinión, pues se trata de acceder a un recurso legalmente establecido pero, como es sabido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo viene siendo extremadamente exigente con los requisitos de forma de la preparación de los recursos de casación. Pero volvamos al Auto de 10 de febrero de 2011.

La novedad de este Auto empieza por que el trámite de inadmisión se abre por una causa que ya no es sólo no haber anunciado los motivos casacionales, sino, además, no haber mencionado las concretas infracciones normativas y jurisprudenciales que se pretenden desarrollar en el escrito de interposición. Y es que, en este supuesto, la parte recurrida se opuso al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado «porque no se identifican los motivos del artículo 88.1 de la LCJA y por no haber efectuado un razonamiento de *la relevancia* de las infracciones invocadas».

Como ya he anunciado, la Sección acoge ese planteamiento e inadmite el recurso con el siguiente argumento:

> «la parte aquí recurrente, en el escrito de preparación del recurso de casación presentado ante la Sala *a quo*, únicamente anunció la interposición del recurso amparándose en los motivos enumerados en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, expresando a continuación el contenido de sus apartados c) y d), *sin hacer mención alguna a las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales* que se pretendían denunciar y desarrollar en el escrito de interposición, aunque fuere sucintamente.
>
> En consecuencia, por las razones que hemos explicado en los fundamentos anteriores, hemos de concluir que también sería inadmisible el recurso *por no haber sido anunciado en el escrito de preparación los motivos* del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional *con las exigencias expresadas*...».

¿Cómo llega la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo a esta conclusión? Lo veremos a continuación.

El Auto de 10 de febrero de 2011 es prácticamente idéntico en sus razonamientos a los que se han examinado en el apartado anterior, hasta el punto de que el fundamento de Derecho Tercero se destina íntegramente a reproducir la doctrina seguida en los Autos de 14 de octubre, 18 de noviembre y 2 de diciembre de 2010, unos Autos que, como se recordará, hacen un repaso por la doctrina de la Sala poniendo de manifiesto dónde existe uniformidad de criterio y dónde, por el contrario, no. En dicho repaso, se da cuenta tanto de las resoluciones que mantienen el criterio de exigir el anuncio de los motivos en el escrito de preparación de los recursos contra las sentencias y autos de la Audiencia Nacional, como de aquellas otras que explícitamente sostienen lo contrario y la Sección, como veremos a continuación, se refiere al conjunto total de esas resoluciones como «doctrina». En efecto, en el fundamento de Derecho Cuarto, que es donde está la novedad, hasta el punto de que se utiliza la «negrita», la Sección declara lo siguiente:

> «Sobre la base de la doctrina expuesta *conviene ahora precisar* el concreto alcance de la exigencia de cita de los motivos del artículo 88.1 que se predica del escrito de preparación del recurso de casación y los términos en que debe producirse, acordes con la finalidad y relevancia de la mención de tales motivos casacionales en ese escrito*, clarificándose así aun más la doctrina jurisprudencial* sobre esta cuestión con arreglo a la siguientes consideraciones:
>
> a) Cuando el artículo 89.1 LJCA establece que el escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos de forma exigidos, se está refiriendo a los requisitos expresados en los artículos anteriores, y entre ellos figura de forma primordial la tajante regla procesal del artículo 88.1, que exige que el recurso se funde, exclusivamente, en alguno o algunos de los cuatro motivos que ahí se perfilan; de manera que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación el concreto o concretos motivos en que se fundamentará el recurso y no en cualesquiera otras razones no contempladas en la Ley Jurisdiccional, ***con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretenden denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuera de forma sucinta.*** **Si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos, al que se acogerá el escrito de interposición en los términos expresados, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal**

> ***a quo*** **quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de esos cuatro motivos,** ***con indicación de las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas,*** **y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal, y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente.**
>
> ***Esta exigencia de expresión de las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales en el escrito de preparación existe tanto cuando la resolución impugnada procede de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional y cualquiera que sea el motivo del artículo 88.1 que se utilice*** [(10)]***».***

Más adelante, en el apartado c), se añade otro inciso para incluir el nuevo requisito:

> «Y esta misma conclusión, la de la inadmisibilidad, será de aplicación, aunque sea de forma limitada a los motivos casacionales afectados, cuando se desarrolle en el escrito de interposición un motivo no anunciado previamente en el escrito de preparación *o las infracciones normativas o jurisprudenciales desarrolladas en el escrito de interposición no guarden relación con las anunciadas en el escrito de preparación*».

Debe advertirse que, sin embargo, no cambia, sino que se mantiene literalmente el ya referido apartado d) de todos estos Autos, en el que, todavía, se habla exclusivamente del deber de anunciar los motivos:

> «d) Esta exigencia legal primaria del artículo 88.1, de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable tanto respecto de las sentencias y autos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia como respecto de los dictados por la Audiencia Nacional, si bien, como antes dijimos y es jurisprudencia consolidada, la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia».

Una vez trascrita la que, en mi opinión, constituye la parte esencial del Fundamento de Derecho Cuarto del Auto de 10 de febrero de 2011, cabe hacer las siguientes reflexiones.

IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL AUTO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE FEBRERO DE 2011

Lo primero que llama la atención de este Auto es que la Sala lo Contencioso-Administrativo venga a añadir una exigencia más al escrito de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional cuando parecía, a juzgar por sus propias palabras, que la cuestión había quedado zanjada a partir del Auto de 14 de octubre de 2010, en el que se establece un criterio (exigir el anuncio del motivo, pero no la cita de las normas y jurisprudencia infringidas) que la Sala siguió manteniendo hasta Autos de fecha

(10) La cursiva no aparece en el original y la he utilizado para destacar, dentro de lo que en el original está en negrita, lo que creo que resulta realmente novedoso.

muy próxima al del 10 de febrero, concretamente, en los ya citados de 3 de febrero de 2011. Es decir, sorprende que en los Autos de 3 de febrero de 2011, de idéntico contenido al de 14 de octubre de 2010 tantas veces citado, se diga que es necesario «clarificar» la doctrina jurisprudencial y «reconducirla» en los términos allí expresados, y días después se vuelva a clarificar y, aunque no se diga, también a reconducir. Y sorprende aun más si se tiene en cuenta que todos esos Autos que durante un tiempo han estado manteniendo dos criterios opuestos respecto a la cuestión de los requisitos que han de cumplir los escritos de preparación de los recursos contra resoluciones de la Audiencia Nacional y que, a partir de un momento dado (octubre de 2010), se han decantado por la exigencia del anuncio de los motivos, pero diciendo que no era necesario justificar de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien (por todos, Auto de 3 de febrero de 2011, recurso de casación 5090/2010, Fundamentos de Derecho octavo y noveno) proceden de una misma Sección —la Primera— que, precisamente, es la que tiene atribuida la competencia para conocer sobre la admisión de los recursos de casación(11).

A la sorpresa de que a una resolución que se presenta como clarificadora le siga otra que clarifica lo que ya se suponía clarificado, se suma la inevitable pregunta de qué es lo justifica la novedad o, dicho de otro modo, dónde está la razón que lleva a una nueva clarificación y, con ella, a la exigencia de un nuevo requisito. Porque la razón que justificó el Auto de 14 de octubre de 2010 parece estar muy clara: establecer uniformidad allí donde no la había, pero ¿y ahora? A mi entender, no hay nada en el Auto de 10 de febrero de 2011 que dé respuesta a esta pregunta.

Pero si importante es saber por qué la Sala altera el criterio sentado en el Auto de 14 de febrero de 2010, seguido por otros muchos posteriores a ése —hasta el 3 de febrero de 2011— si bien con la llamativa excepción del tantas veces citado Auto de 25 de noviembre de 2010, más importante aún es conocer la razón por la que, en el Auto de 10 de febrero de 2011, la Sala exige un requisito más —mencionar las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales— y, con base en ello, inadmite un recurso de casación que había sido preparado cuando la sala no exigía dicho requisito.

La respuesta a esta cuestión no resulta, para mí, sencilla porque, a mi entender, el Auto de 10 de febrero de 2011 no contiene un argumento específico, y menos aún la cita de un precepto concreto, para explicar el fundamento de esta nueva decisión de exigir el requisito de que se trata. Podría pensarse que la respuesta está en la argumentación que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo realiza acerca del carácter extraordinario del recurso de casación y de la función que está llamado a cumplir el escrito de preparación y, correlativamente, el Tribunal *a quo* que enjuicia dicha preparación. Sin embargo, no creo que pueda ser así por la sencilla razón de que este razonamiento está en todos los Autos, esto es, no sólo en el de 14 de octubre de 2010, con el que se inicia la línea de exigir el anuncio de los motivos casacionales, sino también en los que mantuvieron el criterio contrario(12).

---

(11) Así puede verse en <http://www.poderjudicial,es>. En el apartado «Estructura y competencias del Tribunal Supremo», respecto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se dice que «actuará dividida en siete Secciones, de las cuales conocerá cada una de los siguientes asuntos, de conformidad con las reglas de reparto aprobadas por Acuerdo de la Sala de Gobierno de fecha 17 de diciembre de 2002: ... Sección primera: 1. Admisión de recursos de casación, casación en interés de la Ley y cuestiones de ilegalidad. 2. Recursos de queja. 3. Cuestiones de competencia».

(12) Baste comparar el Fundamento de Derecho tercero del Auto de 23 de abril de 2009 con el Fundamento de Derecho, también tercero, del Auto de 11 de febrero de 2011, para comprobar que son idénticos. En ambos se dice

El problema fundamental de este Auto radica, en mi opinión, en que, además de modificar un criterio al poco tiempo de haberlo establecido con apariencia de estabilidad y fijeza, es que carece de un respaldo legal claro, ya que no hay ningún artículo en la LJCA que diga que en el escrito de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional hay que indicar los concretos preceptos normativos o la jurisprudencia que se consideran infringidos, pues basta leer el artículo 89.1 JCA para comprobar que lo único que se exige en este precepto a los escritos de preparación es (i) manifestar la intención de interponer el recurso y (ii) exponer sucintamente los requisitos de forma exigidos. Y es en un apartado distinto —el 2.º del artículo 89— donde se especifica que para un caso muy concreto —y sólo para dicho caso, como creo que debería interpretarse según la regla de *inclusio unius exclusio alterius*—, exactamente el supuesto de los recursos contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia fundados en infracción de Derecho estatal y comunitario, donde el precepto en cuestión establece que, además, hay que justificar la infracción de Derecho en que se fundamentará el recurso.

A este propósito, conviene recordar que, como la propia Sección declara, en su Auto de 11 de febrero de 2010 (recurso de casación 51/2009), la inadmisión del recurso de casación «sólo puede fundarse en la concurrencia de una causa legal, basada en la aplicación de *un precepto concreto* de la ley procesal, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental de tutela...»[(13)].

Ante dicha afirmación, es preciso preguntarse si realmente el Auto de 10 de febrero de 2011 inadmite el recurso de casación en aplicación de un «precepto concreto» de la LJCA. En mi opinión, la respuesta afirmativa no es, ni mucho menos, evidente, pues, como ya se ha dicho, no hay ningún precepto de la citada Ley que establezca las exigencias impuestas en el Auto que es objeto de análisis y, más bien, existen preceptos que establecen lo contrario (artículos 89.2 y 92.1 de la LJCA), hasta el punto de que fueron, precisamente, los que se invocaron en muchos Autos de la Sección que mantuvieron el criterio de que, en los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional, ni siquiera resultaba exigible que el escrito de preparación anunciara los motivos, puesto que, según se decía en esos Autos, de conformidad con el artículo 92.1 de la LJCA, ello únicamente es exigible en el escrito de interposición del recurso de casación[(14)].

---

que «interesa, pues, resaltar, que la primera fase, de preparación, del recurso de casación no se configura en el sistema de la Ley Jurisdiccional como un mero formalismo carente de mayor trascendencia, sino más bien como un trámite que adquiere sustantividad propia, en cuanto ha sido establecido por el legislador con la evidente finalidad de permitir al mismo Tribunal que ha dictado la resolución judicial efectuar un primer juicio sobre la procedencia del recurso y constatar si se dan las condiciones previstas en la Ley de la Jurisdicción para darle trámite y remitir lo actuado ante el Tribunal Supremo; y con el propósito de proporcionar a la parte recurrida información acerca de los motivos en que se fundamentará el recurso de casación. Obvio es que esa finalidad sólo puede cumplirse si la Sala *a quo* y las partes disponen de toda la información necesaria para formar criterio sobre tal cuestión; de ahí que sea carga del interesado en recurrir en casación proporcionar ya en el escrito de preparación los datos indispensables para comprobar el cumplimiento de esos requisitos, sin que, por lo demás, esta carga procesal que sólo al recurrente afecta, pueda ni deba ser cumplida o completada por la Sala, de oficio y en perjuicio de la parte procesal enfrentada a quien pretende recurrir».

(13) En el mismo sentido, entre otras, las Sentencias de 14 de febrero de 2011, recurso 1511/2008; de 2 de noviembre de 2010, recurso 1357/2008; de 4 de octubre de 2010, recurso 465/2008, y de 3 de febrero de 2010, recurso 3700/2007.

(14) Autos de 23 de septiembre de 2002, recurso 6367/2002; de 11 de noviembre de 2002, recurso 6522/200; de 10 de enero de 2003, recurso 1979/2001; de 10 de enero de 2003, recurso 6796/2000; de 27 de marzo de 2003, recurso 7609/2000; de 27 de marzo de 2003, recurso 2631/2001; de 26 de junio de 2003, recurso 4410/2001; de 6 de noviembre

Más que en preceptos concretos de la LJCA, creo que la Sección fundamenta su decisión en un juego de deducciones cuya razón de ser última consiste, según creo, en dotar de verdadero sentido a la fase de preparación de *todos* los recursos de casación. Así se pondría de relieve, en mi opinión, en esa afirmación que se reitera en casi todos estos Autos y que no deja de ser sorprendente. Me refiero a cuando el Tribunal Supremo reconoce que el legislador no ha concretado cuáles son los requisitos de forma que hay que exponer sucintamente en el escrito de preparación, pero que, no obstante, el propio Tribunal los ha establecido deduciéndolos de la Ley[15]. Es decir, con base en esta interpretación, el Tribunal viene inadmitiendo recursos de casación por no cumplir unos requisitos formales que el legislador ni siquiera ha establecido, pero que el propio Tribunal «ha manifestado», esto es, «ha alumbrado», aunque algunos de ellos sean tan formales como afirmar que el recurso se presenta en plazo (además de presentarse en plazo, que es lo importante) o que se tiene la intención de recurrir, aunque ello sea obvio cuando precisamente se está preparando el recurso. Una vez sentado que el Tribunal Supremo puede concretar los requisitos que el legislador no ha especificado y alumbrarlos con un extremado formalismo, que es dudoso que estuviera en el espíritu de la Ley, el camino ya estaba preparado para que el Tribunal pudiera dar un paso más, que es lo que hace en este Auto, diciendo que «esta enumeración» —esto es, la que el propio Tribunal ha puesto de manifiesto— «no agota las exigencias formales predicables del escrito de preparación del recurso de casación, pues tan sólo enuncia aquellas que aparecen desconectadas de los concretos motivos de casación…»; de tal manera —sigue diciendo— que «a esos requisitos ha de añadirse la necesidad de anticipar en el mismo escrito de preparación los concretos motivos...». Finalmente, y como ya venía declarando desde su Auto de 14 de octubre de 2010, dirá: «cuando el artículo 88.1 LJCA establece que el escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos de forma exigidos, se está refiriendo a los requisitos expresados en los artículos anteriores, y entre ellos figura de forma primordial la tajante regla procesal del artículo

---

de 2003, recurso 4141/2002; de 25 de marzo de 2004, recurso 3467/2002; de 29 de abril de 2004, recurso 2427/2002; de 24 de junio de 2004, recurso 2224/2002; de 24 de junio de 2004, recurso 7124/2002; de 21 de julio de 2004, recurso 1246/2003; de 13 de enero de 2005, recurso 4434/2003; de 20 de enero de 2005, recurso 407/2003; de 20 de enero de 2005, recurso 3539/2003; de 17 de febrero de 2005, recurso 5678/2003; de 7 de abril de 2005, recurso 9547/2003; de 26 de mayo de 2005, recurso 6922/2003; de 16 de junio de 2005, recurso 5165/2002; de 30 de junio de 2005, recurso 8958/2003; de 7 de julio de 2005, recurso 902/2004; de 21 de julio de 2005, recurso 4714/2003; de 22 de septiembre de 2005, recurso 864/2004; de 6 de octubre de 2005, recurso 6448/2004; de 27 de octubre de 2005, recurso 5541/2004; de 11 de octubre de 2006, recurso 1174/1998; de 11 de enero de 2007, recurso 955/2005; de 15 de febrero de 2007, recurso 656/2006; de 29 de marzo de 2007, recurso 3989/2005; de 12 de julio de 2007, recurso 5013/2006; de 25 de octubre de 2007, recurso 6279/2006; de 6 de marzo de 2008, recurso 2586/2007, y de 28 de enero de 2010, recurso 1781/2009. Igualmente, se mantiene este criterio en numerosos Autos, si bien referidos a recursos de casación contra sentencias de Tribunales de Justicia (Autos de 3 de diciembre de 2003, recurso 4039/2001; de 7 de julio de 2005, recurso 7898/2003; de 15 de septiembre de 2005, recurso 5193/2004; 26 de octubre de 2006, recurso 920/2005; de 7 de junio de 2007, recurso 4219/2005; de 9 de octubre de 2008, recurso 5191/2007; de 10 de septiembre de 2009, recurso 684/2009). Por último, este mismo criterio, con cita expresa de los artículos 92.1 y 89.1 de la LJCA es mantenido también en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2008, recurso 7452/2002.

(15) «Pues bien, aun cuando el artículo 81 de la Ley Jurisdiccional no establece un listado de los requisitos de forma cuya concurrencia ha de plasmarse en el escrito de preparación, este Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en multitud de resoluciones la necesidad de hacer constar ya en dicho escrito, primero, el carácter recurrible de la resolución que se intenta impugnar, segundo, la legitimación de la parte recurrente, tercero, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación, y cuarto, la intención de interponer el recurso de casación contra la sentencia o auto impugnados» (por todos, Auto de 10 de febrero de 2011, Fundamento de Derecho tercero).

88.1, que exige que el recurso se funde, exclusivamente, en alguno o algunos de los cuatro motivos que ahí se perfilan; de manera que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación el concreto o concretos motivos en que se fundará el recurso y no en cualesquiera otras razones no contempladas en la Ley Jurisdiccional, *con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos...*».

El razonamiento parece ser, pues, el siguiente: el artículo 89.1 de la LJCA exige al escrito de preparación la exposición de los requisitos de forma y con ello se está refiriendo a los requisitos expresados en los artículos anteriores, entre los que se encuentra el artículo 88.1 que impone que el recurso se fundamente en alguno o algunos de los motivos allí definidos. Nada que objetar, salvo —claro está— el hecho de que la exigencia de que se trata no venga impuesta explícita y claramente en un precepto concreto de la Ley y haya que deducirla poniendo en relación un artículo con los que le preceden ¿pero dónde se encuentra el requisito de la indicación o concreción de las normas y jurisprudencia infringidos? En mi opinión, en ningún precepto, puesto que el único que impone la cita de las normas infringidas —que ni siquiera de la jurisprudencia, aunque la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo la haya considerado incluida también en dicho supuesto— es el artículo 89.2 de la Ley (no, por tanto, el 88.1 que es el que cita el Auto), que es un precepto que, como es sabido, se refiere a un supuesto muy específico, y sólo a ése, el del artículo 86.4 LJCA (recursos de casación contra sentencias de los Tribunales de Justicia fundados en la infracción de Derecho estatal o Derecho europeo que haya sido determinante para el fallo), que nada tiene que ver con las sentencias y autos de la Audiencia Nacional.

Dicho lo cual, la pregunta es obligada ¿de qué precepto «concreto» deriva la exigencia que impone ahora la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo?

No digo que la construcción del Tribunal Supremo no sea razonable, pues, como ya hemos visto, encuentra su último fundamento en la necesidad de dotar de mayor sentido y efectividad a la fase de preparación de los recursos de casación, lo que creo es que eso no es lo que dice la Ley. Y, por otro lado, si fuese tan razonable la conclusión ahora alcanzada, cuesta pensar que el Tribunal haya tardado tanto (unos doce años, desde que entró en vigor la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) hasta llegar a ella. Una vez más hay que preguntarse si dentro de la función de aplicación de las leyes que corresponde a los Tribunales caben interpretaciones tan alejadas de la letra de la ley y tan restrictivas para el acceso a los recursos que el legislador ha querido poner a disposición de los ciudadanos. A este propósito, me parece oportuno recordar el voto concurrente del Magistrado Pablo García Manzano a la STC 46/2004, de 23 de marzo, al que se adhiere el Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. En primer lugar, en el voto se reitera la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el acceso a los recursos y el derecho a la tutela judicial efectiva, destacando a ese respecto que «desde el momento en que el legislador establece un determinado y específico recurso contra determinadas resoluciones judiciales, viene a reforzar la efectividad de la tutela judicial...» y que «es el legislador, precisamente en esa labor de configuración que le corresponde en relación con el derecho fundamental que consideramos, el que determina, en ejercicio de su margen de apreciación, cuál es el concreto grado de efectividad que precisa la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos (...), considerando en ciertos supuestos que la misma exige la previsión de un específico recurso contra determinada resolución judicial»; «así, mediante la instauración del recurso frente a una resolución judicial se está contribuyendo a realizar la dimensión objetiva del derecho

fundamental o, si se prefiere, la norma de derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE, en cuanto se está dotando de un plus de efectividad a la tutela judicial de tales derechos e intereses legítimos». Tras lo cual, concluye el Magistrado:

> «Pues bien, entiendo que con arreglo a estas pautas debe partirse de una premisa inicial, a saber: cuando los órganos jurisdiccionales se pronuncien acerca de la procedencia de un recurso o medio impugnatorio, al que ha acudido el litigante para obtener satisfacción de sus pretensiones mediante sentencia con efectos de cosa juzgada, si tal pronunciamiento judicial consiste en la exclusión o improcedencia del recurso en sí mismo (no sobre si concurren o no los requisitos procesales para su admisión a trámite), tal exclusión ha de hallarse debidamente fundada, ya sea en el texto claro de la norma procesal que así lo establezca, ya sea mediante una exégesis razonable del ordenamiento procesal aplicable, en la que no se prescinda de la finalidad que persiguió el legislador al instaurar el específico recurso o medio impugnatorio que el litigante intenta utilizar».

Comparto plenamente los argumentos del Magistrado del Tribunal Constitucional y creo, a pesar de que pudiera parecer lo contrario, que son extensibles a un supuesto como el que aquí analizamos. En efecto, aunque es cierto que el Magistrado excluye de la exigencia del «texto claro e inequívoco de la norma procesal» o, como alternativa, «la exégesis razonable en la que no se prescinda de la finalidad que persiguió el legislador al instaurar el recurso», los supuestos en los que los Tribunales se estén pronunciando sobre si concurren o no los requisitos procesales para su admisión a trámite, no lo es menos que el Auto de 10 de febrero de 2011 más que analizando si concurren o no los requisitos exigibles, en realidad, está «creando» o «alumbrando» requisitos que no sólo no están expresados en la Ley, sino ni siquiera en la propia doctrina que la Sala había establecido hasta el momento en aplicación de dicha Ley; razón por la cual, por esta vía, se está privando al justiciable de un recurso creado y regulado —incluidos sus requisitos procesales— por el legislador. Y es que, en definitiva, no creo que el Auto de 10 de febrero de 2011, en contra de lo que en él se afirma, esté «precisando el alcance de la exigencia de cita de los motivos del artículo 88.1» y «clarificándo[se] así aun más la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión». En mi opinión, está, más bien, exigiendo un requisito nuevo, no previsto en la Ley, y modificando su doctrina; haciéndolo, además, en un sentido restrictivo para el acceso al recurso y sobre la base de un fundamento legal que dista mucho de ser directo, claro e inequívoco, tal y como lo demuestran las interpretaciones abiertamente opuestas y simultáneas en el tiempo que la propia Sección ha venido haciendo respecto de esta cuestión en los últimos años. En todo caso, si he traído a colación el Voto concurrente de los Magistrados Pablo García Manzano y Manuel Jiménez de Parga a la STC 46/2004 es porque, en dicho voto, se pone de manifiesto la idea esencial de que hay cosas que corresponden al Poder Legislativo y otras al Poder Judicial.

Tras todo lo dicho, cabe preguntarse si ésta será la doctrina definitiva o, por el contrario, vendrán más aclaraciones; y lo digo porque, a mi juicio, hay una afirmación en el Auto de 10 de febrero de 2011 que no es fácil de interpretar. Me refiero a la manera en la que el Tribunal Supremo ha definido cómo hay que cumplir el nuevo requisito. Literalmente, el Auto dice:

> «... con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretenden denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta».

Las dudas que plantea la interpretación de este párrafo son varias: en primer lugar, ¿las frases separadas por la conjunción disyuntiva «o» («preceptos o jurisprudencia», por un lado, y «contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales», por otro) se refieren a la misma cosa, esto es, son expresiones equivalentes o sinónimas o, por el contrario, se están refiriendo a dos supuestos distintos? En segundo lugar, si tienen un significado distinto, quiere decir que para unos motivos de los cuatro que se enumeran en el apartado primero del artículo 88 de la LCJA habrá que «indicar *los concretos preceptos o jurisprudencia* que se reputan infringidos», mientras que para otros, no bastará con ello, sino que habrá que indicar «*el contenido* de las infracciones normativas o jurisprudenciales». En tercer lugar, si es así, ¿para qué motivos se exige una cosa y para cuáles otra? Y en cuarto y último lugar, ¿qué quiere decirse con indicar el «contenido»?, ¿a caso habrá que especificar, en el escrito de preparación, el fundamento de Derecho concreto o, incluso, el pronunciamiento específico, dentro de una Sentencia, que se considera infringido? Y respecto a una infracción normativa, ¿cabe pensar que hay un contenido que no se encuentre en la propia norma citada, o acaso está queriendo decir la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, en el escrito de preparación, no basta con citar el precepto sino que hay que transcribirlo y, si tiene distintos apartados, concretar cuál de los contenidos en el precepto se está considerando vulnerado?

El tiempo dirá si el enunciado del Auto de 10 de febrero de 2011 que ha quedado trascrito simplemente es redundante o, por el contrario, define dos formas diferentes —una más exigente que la otra— de cumplir el nuevo requisito.

Termino con una reflexión final: el Auto de 10 de febrero de 2011, al inadmitir un recurso de casación por no haber cumplido el recurrente un requisito que ni está en la letra de la Ley, ni estaba tampoco, hasta ese momento, en la letra de la doctrina jurisprudencial, arroja una gran sombra sobre los valores jurídicos de la certeza y la seguridad que cabe esperar del Derecho, en general, y de quienes están llamados a aplicarlo, en particular; especialmente cuando se trata del Tribunal Supremo, que, por la vía del recurso de casación, está llamado a «proteger la norma y crear pautas interpretativas que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho» (entre otras, STS de 28 de junio de 2000, recurso 1550/1993). Por otro lado, del Auto cabe extraer la conclusión de que nadie es infalible y que, por tanto, los Tribunales también pueden equivocarse al interpretar la Ley y, en consecuencia, pueden entender, en un momento dado, que es necesario rectificar su propia doctrina. Pero es más, sin necesidad de hablar de errores y rectificaciones, cabe pensar que todas las interpretaciones que aquí hemos ido exponiendo son plausibles, esto es, tanto la que mantiene que la LJCA no exige anunciar los motivos en el escrito de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional; como la que entiende que dicha Ley sí lo exige, pero no requiere que se concreten las infracciones de normas y jurisprudencia; como, finalmente, esta última, que demanda el cumplimiento de ambos requisitos. Sea como fuere, si la interpretación de la LJCA que, a día de hoy, se considera por el Tribunal Supremo como *la* correcta, resulta ser la más restrictiva para el acceso a un recurso creado por el legislador, y todo ello en un contexto en el que han convivido y se han sucedido criterios divergentes y aclaraciones en sentido no coincidente ¿no debería haberse establecido primero, con carácter general, esta nueva interpretación, para luego aplicarla a un supuesto concreto? Quiero decir que puesto que, con este tipo de decisiones judiciales, se está más cerca de «crear» Derecho que de aplicarlo, y todo ello —insisto— en un escenario en el que, precisamente, no reinaba la seguridad jurídica ¿por qué, en lugar, de inadmitir un recurso con fundamento en la aplicación de un criterio de nueva creación, no se establece

primero el criterio en cuestión, se publica la resolución judicial en la que se define y, posteriormente, se exige su cumplimiento? Ciertamente, una posibilidad así no está expresamente prevista en la LJCA, pero tampoco hay nada en dicha Ley que lo impida y, desde luego, no sería la primera vez que el Tribunal Supremo advierte, tras fijar un criterio, que todavía no ha terminado de definirlo completamente y que su jurisprudencia está en «tránsito»(16). Si la aplicación e interpretación del Derecho permite «extraer» o «alumbrar» requisitos de acceso a los recursos que no están en la letra de la ley, ¿por qué no va a permitir también buscar cauces que eviten que un cambio de doctrina deje sin un recurso creado por el legislador y, por tanto, integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto al primer recurrente al que se le aplica la novedad, como a otros cientos de recurrentes que prepararon su recurso en un momento en el que el propio Tribunal Supremo, aún con vacilaciones, decía que en los escritos de preparación de los recursos de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional sólo era exigible anticipar o anunciar los motivos casacionales «aunque no sea necesario justificar de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien»?

De seguir inadmitiéndose recursos de casación contra sentencias o autos de la Audiencia Nacional, interpuestos antes del 10 de febrero de 2011 (en realidad, debería ser antes de que este Auto se haya hecho público, pues de lo contrario se crearía indefensión), cuyos escritos de preparación anunciaban los motivos, pero no indicaban las normas y jurisprudencia infringidas, se habrá consagrado una interpretación de la Ley que priva a los recurrentes del derecho a la tutela judicial efectiva y que es fruto de un cambio repentino de la jurisprudencia que, además, no está claramente fundamentado en la Ley.

Es cierto que la jurisprudencia es evolutiva, y nada hay que objetar a ello —antes al contrario— cuando dicha evolución se produce en un sentido único, pero no cuando experimenta idas y vueltas, como las que se han producido en relación con la cuestión aquí analizada y como las que —a la vista de una reciente Sentencia— parece que pueden seguir produciéndose todavía. Y digo esto porque la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en una sentencia posterior al Auto de 10 de febrero de 2011, ha vuelto a mantener el criterio según el cual a los escritos de preparación de los recursos de casación contra sentencias de la Audiencia Nacional no les resulta exigible anticipar los concretos motivos del artículo 88.1 de la LJCA en los que se fundamentará el recurso. Se trata de la Sentencia de 30 de marzo de 2011 (recurso 3143/2006, ponente: E. Frías Ponce), en la que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, con buen criterio, en mi opinión, ha rechazado la causa de inadmisión alegada por la parte recurrida y consistente en que el escrito de preparación del recurso incumplía lo dispuesto en el artículo 89.1 de la LJCA «al omitir la expresión sucinta de los requisitos de forma exigidos, puesto que se limita a mencionar el artículo 86 de la Ley, sin dar explicaciones de por qué es la sentencia susceptible de recurso de casación, *no indicando tampoco el apartado del artículo 88 en que se va a amparar el recurso*». Los argumentos de la Sala para desestimar la inamisibilidad pretendida por la parte recurrida se contienen en el Fundamento de Derecho cuarto, en el que se dice lo siguiente:

> «Aunque la jurisprudencia más reciente (Autos de 3 de diciembre de 2009, recurso de casación 587/2009), 4 de marzo de 2010 (recurso de casación 4416/2009), 6 de mayo de 2010 (recurso de casación 6228/2009), 14 de octubre de 2010 (recurso de casación 95/2000) y 13

(16) Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005, recurso 260/2004 y de 29 de mayo de 2006, recurso 309/2004.

de enero de 2011 (recurso de casación 4792/2010), viene sentando que en el escrito de preparación deben anticiparse los concretos motivos de entre los previstos en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en que se fundamentará el escrito de interposición, respecto de sentencias procedentes de las Salas de los Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha de reconocerse que la Sala de admisión, con anterioridad estimó suficiente la argumentación de escritos idénticos al ahora cuestionado presentados por el Abogado del Estado preparando recursos de casación contra sentencias de la Audiencia Nacional (por todos, Auto de 15 de febrero de 2007, recurso de casación 656/2006), por lo que no procede acoger la primera inadmisión que se plantea».

Así, pues, de nuevo, la Sala ha retornado al criterio más favorable al acceso al recurso de casación y más ajustado a la letra de la LJCA, poniendo de manifiesto que, con una diferencia de algo más de un mes, una sección —la Segunda —ha considerado no exigible un requisito que, por el contrario, otra sección —la Primera— sí que ha exigido, hasta el punto de haber inadmitido un recurso de casación que no lo cumplía. Ante esta situación es legítimo preguntarse si el cambio jurisprudencial que lleva a cabo el Auto de 10 de febrero de 2011 cumple con las exigencias constitucionales o, por el contrario, merece ser calificado de «irreflexivo, arbitrario, ocasional o inesperado» (STC 76/2005, entre otras).

A la luz de todo lo expuesto sólo resta añadir que sería deseable que, ante posibles recursos de amparo contra Autos de inadmisión de recursos de casación en aplicación de la nueva doctrina establecida en el Auto de 10 de febrero de 2011, el Tribunal Constitucional considerara que se cumple el requisito establecido en el artículo 50.1.b) de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, de la especial trascendencia constitucional[17], ya que cabría entender que dichos recursos podrían encajar en alguno de los supuestos que el propio Tribunal, en su Sentencia 155/2009, ha identificado como casos que «inicialmente» pueden quedar comprendidos en el nuevo concepto de la «especial trascendencia constitucional». Me refiero concretamente al supuesto de la letra a)[18], ya que a la vista de las singulares circunstancias que concurren en este caso, cabría considerar que estamos ante una faceta de un derecho fundamental no examinada hasta ahora por el Tribunal Constitucional y que merece, por tanto, una resolución de fondo por su parte; o al supuesto de la letra g)[19], por la trascendencia social y económica de estos recursos, pues no hay que olvidar que muchos de ellos se interponen contra sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en materia de tributos o a subvenciones, cuestiones ambas de la máxima relevancia tanto para la Administración como para los ciudadanos.

---

(17) La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha modificado el artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y ha añadido un requisito que ha cambiado la naturaleza del recurso de amparo, ya que, ahora, no basta con que haya lesión de un derecho fundamental, sino que, además, es necesario que «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». A su vez, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 155/2009 (Fundamento de Derecho segundo), ha establecido una lista, no cerrada, de supuestos que «inicialmente» pueden quedar comprendidos en el nuevo concepto de la «especial trascendencia constitucional».

(18) Tratarse de un recurso que «*plantee* un problema o faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional».

(19) «Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica...».

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PRINCIPIOS GENERALES.
3. FUENTES.
4. RECURSOS.
   - **A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación.**
   - **B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual.**
   - **C) Responsabilidad del Estado miembro.**
   - **D) Cuestiones prejudiciales.**
   - **E) Medidas cautelares.**
5. MERCADO INTERIOR.
   - **A) Libre circulación de mercancías.**
   - **B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.**
   - **C) Libre circulación de trabajadores.**
   - **D) Libre circulación de capitales.**

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJUE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior. No obstante lo anterior, sin apartarse de la que viene siendo su «reiterada jurisprudencia» en estas materias, el Tribunal de Justicia nos ha brindado nuevos e interesantes argumentos para la reflexión durante el período que comprende esta crónica.

2. PRINCIPIOS GENERALES

Los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el TJUE (véase, en particular, el Dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, apartado 33, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29

de mayo de 1997, *Kremzow,* C 299/95, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia (SSTJUE de 15 de mayo de 1986, *Johnston,* 222/84, apartado 18, y *Kremzow*, antes citada, apartado 14).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009,«el mismo valor jurídico que los Tratados» (artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero).

La reiterada doctrina del TJUE ha declarado que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros en todos los casos en que deben aplicar el Derecho de la Unión (**Auto de 12 de noviembre de 2010, *Asparuhov Estov y otros*, C-339/10**, apartado 13).

Asimismo, el artículo 51, apartado 1, de la Carta establece que las disposiciones de ésta están dirigidas «a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión».

Esta limitación no ha sido modificada por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a partir de la cual, en virtud del nuevo artículo 6 TUE, apartado 1, precisa que las disposiciones de la Carta no extienden en modo alguno las competencias de la Unión tal como están definidas en los Tratados.

Como señala el **Auto del TJUE de 1 de marzo de 2011 (Sala Quinta), as. C-457/09,** «si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 6, apartado 1, del CEDH, al que se refiere el órgano jurisdiccional remitente constituye un principio general del Derecho de la Unión, y ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta, no es menos cierto que la resolución de remisión no contiene ningún elemento concreto que permita considerar que el objeto del litigio principal presenta una conexión con el Derecho de la Unión. El litigio principal, entre un nacional belga y Estado belga a propósito de la tributación de actividades ejercidas en el territorio de ese Estado miembro, no presenta ningún elemento de conexión con alguna de las situaciones contempladas por las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas, servicios o capitales. Tal litigio tampoco versa sobre la aplicación de medidas nacionales por las que el Estado miembro de que se trata ejecuta el Derecho de la Unión» (apartado 25).

3. FUENTES

En el período de referencia no hay novedades destacables respecto a las fuentes del Derecho de la Unión.

4. RECURSOS

A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica de jurisprudencia no se percibe un cambio sustancial en la doctrina emanada por parte de los tribunales de la Unión Euro-

pea en relación con los recursos de anulación y omisión. Asociado a ello, hay que destacar que el número de sentencias que han recaído en estos recursos ha disminuido de forma muy considerable durante esta franja temporal.

Respecto la jurisprudencia emanada en los recursos de anulación, podemos recordar, entre otros asuntos, la **Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 17 de febrero de 2011, as. T-10/09,** ***Licensing/OHMI-Global Sports Media (F1-LIVE),*** en la que se ponía de relieve que el objeto del recurso de anulación consiste en el control de la legalidad de las resoluciones no siendo función del Tribunal la de reconsiderar las circunstancias de hecho a la luz de los documentos presentados por primera vez ante él.

Igualmente, podemos recordar las **Sentencias del Tribunal General (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, as. T-110/07,** ***Siemens/Comisión*****, y de 24 de marzo de 2011, as. T-384/06,** ***IBP e International Building Products France/Comisión*****,** en las cuales recordaba el Tribunal General la importancia dada al principio de presunción de inocencia en el Derecho de la Unión Europea de tal forma que la existencia de una duda en el ánimo del juez del Tribunal General debe favorecer a la empresa destinataria de una decisión mediante la cual se declara que ha cometido una infracción. Por lo tanto, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de una infracción de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa.

Por su parte, el **Tribunal General (Sala Octava),** en su **Sentencia de 24 de marzo de 2011, as. T-443/08 y T-455/08,** ***Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt/Comisión*****,** mantuvo la línea jurisprudencial establecida relativa a que un demandante no puede invocar situaciones futuras e inciertas para acreditar su interés en solicitar la anulación del acto impugnado.

Sobre la naturaleza del Derecho Comunitario se ha de destacar la opinión del abogado general Paolo Mengozzi en sus conclusiones en el asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA contra Comisión Europea,* presentadas el 17 de febrero de 2011, cuando sostuvo que «si bien el juez comunitario puede volver a examinar las pruebas inculpatorias y exculpatorias incluidas en el expediente administrativo, el control de legalidad que lleva a cabo en un recurso de anulación se efectúa sobre la base de los elementos fácticos y jurídicos existentes en el momento en que se adoptó el acto. Por consiguiente su función es apreciar si las pruebas y demás elementos invocados por la Comisión son suficientes para demostrar la existencia de la infracción negada. Si considera que el marco probatorio no es convincente, podrá únicamente anular tal decisión por insuficiencia de instrucción». El **Tribunal de Justicia (Gran Sala),** en su **Sentencia de 29 de marzo de 2011, as. Ac. C-216/09 P y C-201/09 P,** ***ArcelorMittal Luxembourg/Comisión*****,** recordó que si el destinatario de una decisión decide interponer un recurso de anulación, al Tribunal sólo se le somete la parte de la decisión que afecta a dicho destinatario. En cambio, las partes relativas a otros destinatarios, que no han sido impugnadas, no integran el objeto del litigio que el juez de Justicia ha de resolver. Y, en su **Sentencia de 15 de abril de 2011, as. T-297/05,** ***IPK International/ Comisión*****, el Tribunal General (Sala Tercera)** puso de relieve que a falta de disposición de Derecho derivado que lo concrete, el adagio jurídico *fraus omnia corrumpit* no constituye una base jurídica suficiente para declarar la anulación de una decisión de concesión de una ayuda económica.

Otra sentencia que debe ser reseñada es la **Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 13 de abril de 2011, as. T-576/08, *Alemania/Comisión*.** Se trata de una sentencia con marcado carácter social pues si bien el Tribunal General anuló el artículo 2 y el anexo II del Reglamento (CE) n.º 983/2008 de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, por el que se adopta un plan de asignación a los Estados miembros de los recursos imputables al ejercicio presupuestario 2009 para el suministro de alimentos procedentes de las existencias de intervención en beneficio de las personas más necesitadas de la Comunidad. No obstante, declaró que la anulación del artículo 2 y del anexo II del Reglamento n.º 983/2008 no afectaba la validez de las asignaciones a las asociaciones caritativas ya realizadas.

Respecto el Reino de España podemos recordar el **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, as. C-388/10 P, *Muñoz Arraiza/OAMI*,** mediante el cual se desestimó el recurso de casación por el que se solicitaba la anulación de la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 9 de junio de 2010, Muñoz Arraiza/OAMI-Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja (RIOJAVINA), por la que dicho Tribunal desestimó un recurso de anulación dirigido contra la resolución de la Segunda Sala de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) de 29 de enero de 2009, que había desestimado el recurso interpuesto por el Sr. Muñoz Arraiza contra la resolución de la División de Oposición de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) que, a su vez, estimaba parcialmente la oposición formulada por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja contra la solicitud de registro de comercializar vinagre de vino bajo la marca denominativa RIOJAVINA. Igualmente, hay que señalar, que el día 7 de abril de 2011 el abogado general Niilo Jääskinen presentó sus conclusiones en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, Comisión Europea (C-106/09 P), Reino de España (C-107/09 P) contra el Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, donde se enjuicia la Decisión 2005/261/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, sobre el régimen de ayudas que el Reino Unido tiene previsto ejecutar con respecto a la reforma del impuesto de sociedades del Gobierno de Gibraltar.

B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) Cuestiones prejudiciales

Una vez más, y de inicio, debemos señalar que no son de apreciar grandes novedades, ni variaciones, en la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto del mecanismo prejudicial y el de la eventual adopción de medidas cautelares con base en el Derecho de la Unión.

Ahora bien, sería injusto colegir de lo anterior que esta crónica constituye una mera repetición de tópicos de sobra conocidos por todos. Pues, antes al contrario y al menos en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pro-

nunciarse sobre aspectos poco o nada conocidos de éstas; más allá, desde luego, de abordar —por enésima vez y como argumento de fondo— los motivos de inadmisión prejudicial.

Así es, en lo que atañe a esta conocidísima herramienta del sistema jurisdiccional de la Unión, «cuatro» son los asuntos que merecen nuestra atención y nuestro comentario. Asuntos que, para una exposición más clara y sistemática, hemos agrupado en dos grandes categorías. La primera, como no podía ser de otra forma, la constituyen «los motivos de inadmisión», que, como viene siendo costumbre, asoman en la mayoría de las sentencias prejudiciales promulgadas durante los últimos meses (nueve sobre un total de doce). La segunda, en cambio y a modo de cajón de sastre, la integran aquellos «otros aspectos» del mecanismo prejudicial que no tienen cabida en la primera. Es decir, aquellos argumentos que han aparecido en tres sentencias concretas y que guardan relación con: *a)* la posibilidad, o no, de que las partes planteen cuestiones prejudiciales «complementarias»; *b)* la eventual reapertura de la fase oral del procedimiento, y *c)* el hecho de si las partes pueden, o no, cambiar la naturaleza (de interpretación a validez y viceversa) de una cuestión prejudicial planteada por el juez nacional. Pues bien, de todos y cada uno de ellos vamos a dar resumida cuenta en las páginas que siguen.

Así, comenzando por «los motivos de inadmisión» y con el fin de no extendernos demasiado sobre una temática ya conocida por todos, baste recordar: *a)* que cuando un órgano jurisdiccional interno (a quien corresponde en exclusiva apreciar la necesidad y pertinencia de presentar una cuestión prejudicial relativa a la interpretación o validez del Derecho de la Unión) hace uso de este instrumento y se dirige al Tribunal de Justicia para su esclarecimiento, éste está obligado en principio a responder a la cuestión planteada, y *b)* que, no obstante lo anterior, esta obligación puede llegar a desaparecer en los casos donde resulta evidente: *1)* que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; o *2)* cuando el problema es de naturaleza hipotética, o *3)*, en fin, cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a la cuestión o cuestiones planteadas.

Pues bien, durante los meses que comprende esta crónica, el Tribunal de Justicia de la Unión no ha dejado de insistir en los puntos anteriores. Baste citar a este respecto las **SSTJUE de 12 de mayo de 2001, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, as. C-391/09; de 5 de mayo de 2011, *MSD Sharp & Dohme*, as. C-316/09; de 5 de abril de 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable,* as. C-119/09; de 31 de marzo de 2011, *Schröder*, as. C-450/09;** también la **de 31 de marzo de 2011, *Aurubis Balgaria*, C-546/09; de 8 de marzo de 2011, *Lesoochranárske zoskupenie*, as. C-240/09, y tres Sentencias de 17 de febrero de 2011, *Bolton Alimentari*, as. C-494/09; *TeliaSonera*, as. C-52/09, y *Weryński*, as. C-283/09**. Pronunciamientos, todos ellos, en los que de forma y manera casi mimética la Corte comunitaria no ha hecho sino reiterar la que viene siendo su jurisprudencia sobre estos motivos de inadmisión prejudicial. Tanto es así que basta analizar una de ellas para dar por estudiadas y expuestas todas las demás.

Así, tomemos como ejemplo la **STJUE de 8 de marzo de 2011, *Weryński,* as. C-283/09,** en la cual podremos observar los términos en los que el Tribunal de Justicia reflexiona y razona cuando de los motivos de inadmisión se trata.

En este caso concreto (*vid.* apartado 24 de la Sentencia), es la Comisión Europea —y no ninguna de las partes en litigio— la que expresa sus dudas acerca de si la cuestión preju-

dicial y de interpretación planteada (atinente al Reglamento CE n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados) es necesaria o no para resolver el litigio principal. Pues, siempre a juicio de la Comisión, aquella cuestión se refiere al funcionamiento administrativo de los órganos jurisdiccionales y, por tanto, no es necesaria para el problema de fondo discutido en el litigio principal, lo que vulneraría las exigencias jurisprudenciales en materia de admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial.

Pues bien, frente a este parecer de la Comisión, el Tribunal de Justicia comienza por recordarnos (apartado 44 de la Sentencia), como también hemos hecho nosotros, que «... según una reiterada jurisprudencia, los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en un procedimiento que culmine con una resolución de carácter judicial...».

A continuación, y en este caso concreto (apartado 45 de la Sentencia), la Corte de Justicia de la Unión precisa que, aunque es cierto que la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (en el ámbito de la obtención de pruebas) no culmina necesariamente en la adopción de una resolución jurisdiccional, no es menos cierto que la toma de declaración a un testigo por un órgano jurisdiccional —que es sobre lo que versa el presente asunto—, es un acto realizado en un procedimiento jurisdiccional destinado a culminar en una resolución de idéntica naturaleza (jurisdiccional).

Así las cosas, «... la cuestión de la imposición de los gastos de la toma de declaración se inscribe en el marco de dicho procedimiento...» y, por consiguiente, cabe establecer un vínculo directo entre la cuestión prejudicial y el cumplimiento por el tribunal remitente de una función jurisdiccional. Todo lo cual determina, en fin (apartado 46 de la Sentencia), que el motivo de inadmisión no puede estimarse y que, al tiempo, deba considerarse admisible la petición de decisión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional interno.

Dicho de otro modo: puesto que la regla general o presunción en materia prejudicial es que las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales internos han de admitirse, cuando una o varias de las partes en el procedimiento se oponen a ella o pretenden desmontarla, el Tribunal de Justicia actúa, sistemáticamente, del siguiente modo. En primer lugar, recuerda la antedicha regla. En segundo término, examina el motivo de inadmisión alegado por la parte o partes (de entre un listado que ha venido elaborando con el transcurrir de los años). Y, en tercer lugar y salvo raras excepciones, llega a la conclusión de que el motivo de inadmisión alegado no comparece, declarando, por tanto, que la cuestión prejudicial debe admitirse. Y esto es, justamente y como acabamos de comprobar, lo que ha hecho la Curia Comunitaria en este caso; como también lo ha hecho, por cierto, en relación con todos los demás que antes hemos citado, por lo que huelga su comentario.

No ocurre lo mismo con aquellas «tres sentencias» en las que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre «otros aspectos» del mecanismo prejudicial, más allá de los motivos de inadmisión, y a los que nos referíamos al inicio de este epígrafe. Sentencias que, por su interés, merecen un estudio separado.

Se trata, en primer lugar, de la **STJUE de 14 de abril de 2011, *Vlaamse Dierenartsenvereniging y Janssens*, as. ac. C-42/10, C-45/10 y C-57/10**, donde la Corte de la Unión ha tenido la oportunidad de abordar el tema de las «cuestiones complementarias» o «cuestio-

nes adicionales». Es decir, de aquellos supuestos en los que una o varias de las partes en el procedimiento prejudicial, al hilo del planteamiento de la cuestión o cuestiones principales por el órgano interno en su escrito de remisión, introducen otros asuntos para su discusión.

Pues bien, en estos casos —y esta sentencia constituye una buena muestra— el Tribunal de Justicia opera sobre la base del carácter inter-judicial del mecanismo prejudicial. Es decir, pone en valor el hecho de que el procedimiento prejudicial es un procedimiento sobre todo y ante todo inter-jueces, de forma y manera tales que el papel de las partes en su seno queda muy limitado. Lo que determina, al fin y a la postre, la negativa del Tribunal de Justicia a admitir que las partes puedan plantear cuestiones prejudiciales «complementarias» o «adicionales» a las que ya plantea el juez nacional en su escrito de remisión; o a inadmitirlas en su caso.

Veámoslo con más claridad acudiendo al propio texto de la sentencia antes citada, donde el Tribunal de Justicia (apartado 41 de la Sentencia) señala que una de las partes en este procedimiento prejudicial (*Vlaamse Dierenartsenvereninging*, demandante en los tres litigios principales), formula dos cuestiones «... adicionales...» en las que sostiene que el Tribunal de Justicia también debería pronunciarse sobre ellas debido a su importancia.

Pues bien, a este respecto (apartado 42 de la Sentencia), la Corte Comunitaria comienza por recordar, una vez más, que en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 267 TFUE corresponde: «... exclusivamente al juez nacional (...) tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia...». De lo que deduce, a su vez (apartado 43 de la Sentencia), que la facultad de determinar las cuestiones que deban someterse a su conocimiento corresponde al juez nacional y, lo que es más importante a nuestros efectos, que «... *las partes no pueden modificar* su contenido...».

A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia declara que (apartado 44 de la Sentencia): «... modificar la sustancia de las cuestiones prejudiciales o *responder a las cuestiones complementarias formuladas por la demandante en el procedimiento principal en sus observaciones sería incompatible con la función que el artículo 267 TFUE* confiere al Tribunal de Justicia, así como con su obligación de garantizar que los Gobiernos de los Estados miembros y las partes interesadas tengan la posibilidad de presentar observaciones conforme al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...». Y es que, en efecto y con arreglo a esta disposición, no debe olvidarse que a las partes interesadas sólo se les notifican las resoluciones de remisión.

En suma, y habida cuenta de todo lo expuesto en precedencia (apartado 45 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia manifiesta su *negativa a realizar ningún análisis de las «cuestiones complementarias»* planteadas por la *Vlaamse Dierenartsenvereniging*.

Una negativa a la que también llega la Corte de la Unión al tratar un argumento en cierto sentido similar, y en otro distinto al anterior, a saber: ¿pueden las partes, en el trascurso de un procedimiento prejudicial, variar o solicitar que se varíe el carácter —interpretativo o de validez— de la cuestión planteada? La respuesta la encontramos en la **STJUE de 5 de mayo de 2011, *MSD Sharp & Dohme,* as. C-316/09**.

En efecto, en esta sentencia (*vid.* apartado 20), una de las partes en el procedimiento (MSD) considera que la cuestión prejudicial formulada se refiere: «... no sólo a la interpre-

tación del artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83, *sino que se refiere ante todo a la validez* de dicha disposición...». En su consecuencia, dicha parte en el procedimiento (MSD) insta al Tribunal de Justicia a que se pronuncie justamente sobre su validez y no sobre su interpretación.

Pues bien, como en la sentencia anterior (*vid.* apartado 21), la Corte de la Unión comienza recordándonos que, según su reiterada jurisprudencia en la materia, «... corresponde *exclusivamente al órgano jurisdiccional* remitente definir el objeto de las cuestiones que quiere plantear...». Dicho en otros términos: atañe tan sólo a los órganos jurisdiccionales nacionales (que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse) apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar su sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, y en el caso que aquí nos ocupa (apartado 22 de la Sentencia), procede señalar: *a)* que el objeto de la cuestión prejudicial es «... claramente la interpretación del artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83...»; *b)* que de la resolución de remisión se desprende que el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el concepto de publicidad de medicamentos a los efectos del Derecho de la Unión contempla un supuesto determinado, descrito detalladamente en dicha resolución (al barajar ese tribunal la posibilidad de una interpretación restrictiva a la vista de los derechos fundamentales), y *c)* que, en todo caso y al contrario de lo que alega la parte interesada (MSD) en el procedimiento, «*... esto no significa que se cuestione la propia validez* de la normativa de la Unión a la que se refiere...». De hecho —continúa afirmando la Corte Comunitaria— el tribunal remitente «... no indica que tenga dudas acerca de la validez del artículo 88, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, ni siquiera que se haya suscitado tal cuestión en el procedimiento principal pendiente ante él...».

Por si esto no fuera suficiente, el Tribunal de Justicia añade (apartado 23 de la Sentencia) que, según su reiterada jurisprudencia, el artículo 267 TFUE «no abre una vía de recurso» para las partes en un litigio suscitado ante el juez nacional. De modo y manera tales que el Tribunal de Justicia no está obligado a valorar la validez del Derecho de la Unión «*... por la mera razón de que tal cuestión haya sido invocada ante él mismo por una de las partes* en sus observaciones escritas...». De lo que se deduce, en fin (apartado 24 de la Sentencia), que «... no procede pronunciarse sobre la validez del artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83...».

Así, y como ya antes hemos apuntado, con este pronunciamiento el Tribunal de Justicia no hace sino reforzar la «naturaleza cooperativa e inter-jueces del mecanismo prejudicial». Es por ello que, ni las cuestiones «complementarias» o «adicionales» planteadas por las partes a lo largo de un procedimiento prejudicial, como tampoco las eventuales solicitudes de cambio de carácter de la cuestión una vez planteada (de interpretación a validez, o viceversa), obligan al Tribunal de Justicia de la Unión a pronunciarse sobre ellas; salvo —eso sí— que sean acogidas por el órgano interno en su escrito de remisión de la cuestión prejudicial discutida.

Por último, y en lo que concierne a estos «otros aspectos» del mecanismo prejudicial que van más allá de los motivos de inadmisión, refirámonos brevemente a la hipótesis de petición de «reapertura de la fase oral» de los procedimientos prejudiciales. Una hipótesis

que no agrada en demasía al Tribunal de Justicia, que, por lo común, se muestra poco proclive a admitirla (pues conlleva alargar los tiempos y plazos del procedimiento). De hecho, esto es precisamente lo que ocurre en la sentencia objeto ahora de comentario.

En efecto, en la **STJUE de 17 de marzo de 2011, *AJD Tuna*, as. C-221/09**, se verifica (apartado 34) que una de las partes en el procedimiento (la Comisión Europea), mediante escrito presentado en la Secretaría el 19 de octubre de 2010, solicita al Tribunal de Justicia que ordene la diligencia de prueba o, en su defecto, la reapertura de la fase oral (con arreglo a los artículos 60 y 61 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). Escrito que es apoyado por otro similar del Consejo, que se registra en la Secretaría del Tribunal en fecha 27 de octubre de 2010.

Pues bien, en cuanto a estos escritos y a esta Sentencia (apartado 36), la Corte de la Unión inicia su argumentación recordándonos que «tan sólo ella "... puede..." ordenar (de oficio, a propuesta del Abogado General, o también a instancia de las partes) la reapertura de la fase oral»; y que ello únicamente es posible «... si considera que no está suficientemente informada o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes...».

Seguidamente (apartado 37 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia nos explica que, en apoyo de la solicitud, la Comisión expone hasta tres alegaciones sobre el desarrollo de la fase oral que justifican, a su juicio, que el Tribunal de Justicia proceda a practicar diligencias de prueba y/u ordene la reapertura de la fase oral para que se aclaren los elementos de hecho en los que se basa el Reglamento.

Así, y en primer lugar (apartado 38 de la Sentencia), la Comisión llama la atención sobre el hecho de que, mientras que la lengua de procedimiento era el maltés, el representante de una de las partes en éste (AJD Tuna) se expresó en italiano, lo que fue autorizado por el Tribunal de Justicia sin que el Consejo y la Comisión tuvieran conocimiento de ello.

Una alegación a la que el Tribunal de Justicia responde (apartado 39 de la Sentencia) insistiendo en que el artículo 29, apartado 2, letra c), párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento precisa que, previa petición justificada, presentada por una de las partes en el litigio principal y después de haber oído a la otra parte del litigio principal y al Abogado General, podrá autorizarse el empleo durante la fase oral de otra de las lenguas mencionadas en el apartado 1 de dicho artículo; algo que ha ocurrido cabalmente en este caso (*vid.* apartado 40 de la Sentencia).

A su vez, y junto a esta primera alegación —rechazada por el Tribunal de Justicia—, la Comisión señala (apartado 41 de la Sentencia) que, en el trámite de vista, se impidió a uno de sus agentes —el Sr. Depasquale— responder a las preguntas del Tribunal de Justicia en inglés, a pesar de que la Comisión había obtenido autorización para que sus agentes respondieran en dicha lengua a las preguntas del Tribunal de Justicia.

La Corte Europea, en cambio (*vid.* apartados 42 y 43 de la Sentencia), sostiene y aclara que, mediante escrito firmado por la propia Comisión y recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de abril de 2010, aquélla solicitó al Tribunal de Justicia que autorizase a dos de las partes en el procedimiento (la Sra. Banks y al Sr. Nardi) a responder a las preguntas del Tribunal de Justicia en inglés, pero no así al Sr. Depasquale, por lo que la autorización para responder a las preguntas del Tribunal de Justicia en inglés no era válida

para este último; y ello aun admitiendo que la autorización estaba redactada en términos generales.

En tercer y último lugar (apartado 45 de la Sentencia), la Comisión alega —en apoyo de su petición de reapertura de la fase oral del procedimiento— que las conclusiones del Abogado General están anticipando el contenido y sentido de la sentencia final del Tribunal.

Mientras, y por el contrario, el Tribunal de Justicia (apartado 45 de esta Sentencia) vuelve a recordarnos: *a)* que, en virtud del artículo 252 TFUE, párrafo segundo, la función del abogado general consiste en «... presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención...»; *b)* que, en el ejercicio de dicha función, puede el Abogado general, llegado el caso, analizar una petición de decisión prejudicial «... colocándola en un contexto más amplio que el estrictamente definido por el órgano jurisdiccional remitente o por las partes en el litigio principal...», y *c)*, y en lo que aquí importa, que el Tribunal de Justicia «... no está vinculado...» por las conclusiones del Abogado General, ni por la motivación que éste desarrolla para llegar a ellas.

Rechazadas, pues, todas y cada una de las tres alegaciones formuladas por la Comisión en el presente asunto, el Tribunal de Justicia considera que (*vid*. apartado 46) «... dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente...». Y que, por consiguiente y como ya anticipábamos desde un principio (*vid.* apartado 47 de la Sentencia), no puede sino: «... denegar la solicitud de diligencias de prueba y de reapertura de la fase oral...».

E) Medidas cautelares

Ni en las sentencias de la Corte comunitaria aquí estudiadas, ni tampoco en las conclusiones de los Abogados Generales previas a éstas, hemos encontrado ninguna alusión a este temática. Por tanto, cualquier comentario resulta del todo imposible y el contenido de este epígrafe debe quedar vacante.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 13 de febrero al 15 mayo de 2011), el Tribunal ha dictado un total de cuatro sentencias en esta materia.

La primera de ellas es la **STJUE (Sala Primera) de 3 de marzo de 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos,* as. C-161/09**, referente a las conocidas uvas pasas de Corinto, y en la cual se enjuicia la normativa griega sobre las uvas pasas de Corinto a granel procedentes de una zona geográfica distinta de aquella en la que la empresa actora está establecida.

El asunto reviste cierta complejidad por cuanto establece no solamente una indicación geográfica protegida para las uvas de Corinto, sino también una compleja división del territorio donde se producen dichas fugas en dos subzonas en las cuales se limitaban las actividades industriales que se podían hacer respecto a las conocidas uvas de Corinto. Básicamente

la normativa griega prohibía importar, almacenar y envasar en la «zona A» la uva pasa de Corinto procedente de la «zona B», así como exportarla posteriormente al extranjero. Por el contrario, se permitía la importación de uva pasa de Corinto procedente de la «zona A» en la «zona B», así como su exportación una vez mezclada con la uva pasa de esta zona.

El tribunal aplicó la normativa comunitaria, constituida básicamente por el Reglamento (CE) n.º 2201/96 del Consejo, de 28 de octubre de 1996, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos transformados a base de frutas y hortalizas, que incluye, entre otros productos, las uvas pasas (con el código NC 0803 20).

Para el tribunal, las limitaciones entre ambas zonas carecen totalmente de fundamento, pues el artículo 29 TCE «se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, que establece la prohibición absoluta de introducir, almacenar, tratar y envasar, para su exportación, uvas pasas tanto entre las dos subzonas de la zona A como entre la segunda subzona de la zona A y la zona B, en la medida en que no permite alcanzar de manera coherente los objetivos legítimos perseguidos y va más allá de lo necesario para garantizar su consecución».

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Primera) de 7 de abril de 2011, *Tatu*, as. C-402/09**, en la cual se enjuicia la normativa rumana sobre el Impuesto de contaminación devengado en el momento de la primera matriculación de automóviles, y la neutralidad del impuesto entre automóviles de segunda mano importados y vehículos similares que ya se encuentran en el mercado nacional. El litigio lo planteó un ciudadano que se vio obligado a pagar el impuesto sobre contaminación respecto de un automóvil procedente de otro Estado matriculado en Rumanía.

El Tribunal termina declarando la incompatibilidad de la normativa rumana. El artículo 110 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro (en el caso enjuiciado, Rumanía) adopte un impuesto de contaminación que grave los automóviles en el momento de su primera matriculación en dicho Estado miembro, si esta medida fiscal se estructura de modo que desincentiva la puesta en circulación, en dicho Estado miembro, de vehículos de segunda mano adquiridos en otros Estados miembros, sin desincentivar, en cambio, la compra de vehículos de segunda mano de la misma antigüedad y con el mismo desgaste en el mercado nacional.

En tercer lugar, la **STJUE (Sala Primera) de 7 de abril de 2011, *Francesco Guarnieri & Cie,* as. C-291/09**, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal belga. La cuestión litigiosa no es otra que la exigencia a una sociedad monegasca, con domicilio social en Mónaco, de una *Cautio iudicatum solvi* por parte de una empresa con domicilio social en Bélgica, en relación con la entrega de diversas mercancías y el pago de éstas.

El pequeño estado de Mónaco, aunque formalmente no pertenece a la unión, es considerado parte del territorio aduanero de la comunidad, reguladora de la actualidad por el Reglamento (CE) n.º 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código aduanero comunitario, y que dispone:

> «Habida cuenta de los convenios y tratados que les son aplicables y aunque estén situados fuera del territorio de los Estados miembros, se considerará asimismo que forman parte del territorio aduanero de la Comunidad: [...] b) Francia. El territorio del Principado de Mónaco, tal como se define en el Convenio aduanero firmado en París el 18 de mayo de 1963».

Pues bien, a pesar de formar parte del territorio aduanero de la Unión Europea, para el tribunal, el artículo 34 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la normativa de un Estado miembro exija la constitución de una *cautio iudicatum solvi* por parte de un demandante de nacionalidad monegasca, que ha iniciado ante uno de los órganos del orden jurisdiccional civil de dicho Estado una acción judicial contra un nacional de este último Estado para obtener el pago de las facturas emitidas por la entrega de mercancías equiparadas a mercancías comunitarias, cuando tal exigencia no se impone a los nacionales de dicho Estado miembro.

Por último y lo que se refiere al apartado de libre circulación de mercancías, debemos dar cuenta de la **STJUE (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, *Novo Nordisk*, as. C-249/09,** la cual tiene también su origen en una cuestión prejudicial, planteada esta vez por un órgano judicial estonio, en la que se enjuicia un supuesto de publicidad de un medicamento. En concreto, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 87.2 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la sociedad Novo Nordisk y la Oficina de Medicamentos de Estonia, por la resolución de ésta en la que obligaba a la actora a poner fin a la publicidad del medicamento «Levemir» (una insulina), por ser contraria a la Ley del medicamento estonia, que establece que la publicidad de un medicamento no debe contener información no recogida en el resumen de las características del producto.

Para el Tribunal, la normativa comunitaria citada debe interpretarse en el sentido de que comprende también las citas extraídas de las revistas médicas o de las obras científicas que figuran en la publicidad de un medicamento dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos. Y asimismo prohíbe difundir en la publicidad de un medicamento dirigida a personas facultadas para prescribirlo o dispensarlo, afirmaciones que sean contrarias al resumen de las características del producto, pero no exige que todas las afirmaciones contenidas en dicha publicidad figuren en el referido resumen o puedan deducirse de él. Tal publicidad puede incluir afirmaciones que completen la información prevista en la citada Directiva, siempre que dichas afirmaciones confirmen o precisen, en un sentido compatible, la referida información sin desnaturalizarla, y sean conformes con lo exigido en los artículos 87.3 y 92, apartados 2 y 3, de dicha Directiva.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

El período analizado (del 13 de febrero al 15 de mayo de 2011), ha sido, al igual que sucedió el trimestre anterior, especialmente prolífico en pronunciamientos judiciales sobre libre prestación de servicios, habiéndose dictado un total de seis sentencias del TJUE en esta materia.

El primero de ellos es la **Sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) de 17 de febrero de 2011, *FIFA/Comisión*, as. T-68/08**, en la cual se enjuicia un asunto que resultará

familiar para los aficionados al fútbol. Nos referimos a la cuestión de la difusión televisiva de partidos de fútbol considerados de gran importancia. Y en concreto, de una demanda de anulación parcial de la Decisión 2007/730/CE de la Comisión, de 16 de octubre de 2007, relativa a la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas adoptadas por el Reino Unido con arreglo al artículo 3 bis.1 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

La demandante, la *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), es una asociación integrada por 208 federaciones nacionales de fútbol y es el organismo dirigente mundial del fútbol. Sus objetivos consisten, en particular, en promover globalmente el fútbol y organizar competiciones internacionales. La venta de sus derechos de retransmisión televisiva de la fase final de la Copa del Mundo de fútbol, de cuya organización se encarga, representa su principal fuente de ingresos.

Mediante decisión de 25 de junio de 1998, el Ministro de cultura, de medios de comunicación y de deportes del Reino Unido estableció en virtud de la Ley de radiodifusión de 1996, una lista de acontecimientos de gran importancia para la sociedad de este Estado miembro, la cual incluía la Copa del Mundo.

La FIFA considera que, al aprobar la inclusión de los partidos «no prime» de la Copa del Mundo en la lista de acontecimientos de gran importancia para la sociedad del Reino Unido sin merecer tales partidos esta calificación, la Decisión impugnada no sólo aprueba la restricción del derecho de la FIFA a explotar su propiedad, sino también la privación total de su contenido esencial con independencia de sus efectos en relación con los organismos de radiodifusión. En efecto, a juicio de la FIFA, la prohibición de conceder una licencia exclusiva para la retransmisión en directo en el Reino Unido de cualquiera de los partidos de la Copa del Mundo la priva arbitrariamente del contenido esencial de su derecho de propiedad. La FIFA estimaba que ningún objetivo de interés general justifica una restricción tan drástica y desproporcionada de este derecho de propiedad, ya que la inclusión únicamente de los partidos «prime» en la lista de acontecimientos de gran importancia para la sociedad sería adecuada y bastaría ampliamente para garantizar el acceso del público en general a los acontecimientos en cuestión. A este respecto, la FIFA añadía que la concesión y la adquisición de derechos exclusivos para la difusión de acontecimientos deportivos revisten una importancia crucial y constituyen una práctica comercial ampliamente consolidada y aceptada como tal por la propia Comisión. En efecto, a juicio de la FIFA, la exclusividad incrementa notablemente el valor de los derechos permitiéndole, de este modo, alcanzar sus objetivos estatutarios, de modo que la prohibición de concederlos en exclusiva afecta a su propia esencia.

De este modo, y siempre según la FIFA, la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación al considerar, en la Decisión impugnada, que las medidas del Reino Unido parecían proporcionadas en relación con el objetivo de garantizar un amplio acceso a la cobertura televisiva de acontecimientos de gran importancia para la sociedad.

Sin embargo, el tribunal desestimó todas las alegaciones de la FIFA. Las mismas argumentaciones son utilizadas también en la **Sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) de 8 de marzo de 2011, *UEFA/Comisión*, as. T-55/08**.

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 3 de marzo de 2011, *Comisión/Bélgica,* as. C-134/10,** declara un incumplimiento por parte de Bélgica de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) y del artículo 56 TFUE al no transponer correctamente el artículo 31 de dicha Directiva.

El objeto de enjuiciamiento era la Ley belga de 30 de marzo de 1995 sobre las redes de distribución de emisiones de radiodifusión y el ejercicio de las actividades de radiodifusión en la región bilingüe de Bruselas-Capital, la cual imponía «Con el fin de garantizar la pluralidad y la diversidad cultural el operador deberá transmitir en el momento de su difusión y en su integridad unos determinados programas televisivos. Encargándose a un instituto la verificación periódica de la necesidad de las obligaciones de emitir dichos programas».

En tercer lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2011, *Telefónica Móviles España*, as. C-85/10**, cuyo origen es una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español el marco de un litigio entre Telefónica Móviles España, S.A. (en lo sucesivo, «Telefónica Móviles»), por un lado, y la Administración del Estado y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, por otro, en relación con una liquidación girada a dicha empresa en concepto de tasa por reserva del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Para el Tribunal, las exigencias establecidas en el artículo 11.2 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, según las cuales los gravámenes impuestos a los operadores de servicios de telecomunicaciones por la utilización de recursos escasos (como es el DP radioeléctrico) deben perseguir el objetivo de garantizar el uso óptimo de dichos recursos y tener en cuenta la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia, han de interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que impone un gravamen por el uso de radiofrecuencias a los operadores de servicios de telecomunicaciones titulares de licencias individuales sin asignar una finalidad específica a los ingresos obtenidos de ese gravamen, y que incrementa significativamente el importe del gravamen para una determinada tecnología sin modificarlo para una tecnología distinta.

En cuarto lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler,* as. C-274/09**, tiene también su origen en una cuestión prejudicial sobre la Directiva de contratos públicos.

El Tribunal recuerda en esta sentencia que el artículo 1.2.d) y 1.4 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la

cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1.4 de la Directiva de contratos.

El penúltimo pronunciamiento es la **STJUE (Sala Cuarta) de 17 de marzo de 2011, *Penarroja,* as. ac. C-372/09 y C-373/09**, en la cual se dirimen dos cuestiones perjudiciales planteadas por la Corte de casación francesa y se enjuicia una normativa nacional francesa que reservaba el título de perito judicial a las personas inscritas en unas listas elaboradas por las autoridades judiciales nacionales. Un modelo, como vemos, muy similar al existente en España.

Para el Tribunal de Justicia, una misión de perito judicial traductor encomendada caso por caso a un profesional por un tribunal, en un litigio sometido a él, constituye una prestación de servicios en el sentido del artículo 50 TCE (actual artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Las actividades de los peritos judiciales especialistas en traducción, tales como las que se examinan en los litigios principales, no constituyen actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, en el sentido del artículo 45.1 TCE (actual artículo 51.1 TFUE).

Por su parte, el artículo 49 TCE (actual artículo 56 TFUE) se opone a una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, que somete la inscripción en una lista de peritos judiciales traductores a ciertos requisitos de cualificación sin que los interesados puedan conocer los motivos de la decisión adoptada con respecto a ellos y sin que dicha decisión pueda ser objeto de un recurso judicial efectivo que permita verificar su legalidad, especialmente en lo que se refiere al respeto de la exigencia, impuesta por el Derecho de la Unión, de que se tenga debidamente en cuenta su cualificación adquirida y reconocida en otros Estados miembros. Y se opone también a un requisito como el establecido en el artículo 2 de la Ley francesa n.º 71-498 relativa a los expertos judiciales, de 29 de junio de 1971, modificada por la Ley n.º 2004-130, de 11 de febrero, con arreglo a la cual nadie puede figurar en la lista nacional de peritos judiciales en calidad de traductor si no acredita haber estado inscrito durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por una *cour d'appel*, ya que consta que dicho requisito impide que, al examinar la solicitud de una persona establecida en otro Estado miembro y que no acredita tal inscripción, se tenga debidamente en cuenta la cualificación adquirida por dicha persona y reconocida en ese otro Estado miembro con objeto de determinar si dicha cualificación puede equivaler, y de ser así en qué medida, a las competencias que normalmente se espera encontrar en una persona que haya estado inscrita durante tres años consecutivos en una lista de peritos judiciales elaborada por una *cour d'appel.*

Las misiones de peritos judiciales traductores que realicen los peritos inscritos en una lista de la índole de la lista nacional de peritos judiciales elaborada por la Corte de casación no están comprendidas en el concepto de «profesión regulada», en el sentido del artículo 3.1.a) de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

Por último, debemos dar cuenta de la **STJUE (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, *Deutsche Telekom,* as. C-543/09**, en la cual se vuelve a enjuiciar el tema de la prestación de servicios de información sobre números de abonados y guías telefónicas; y la obliga-

ción, impuesta a una empresa que asigna números de teléfono, de transmitir a otras empresas los datos que posea relativos a los abonados de terceras empresas.

La normativa comunitaria es clara cuando establece que el artículo 25.2 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas («Directiva de servicio universal»), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que impone a las empresas que asignan números de teléfono a usuarios finales la obligación de poner a disposición de empresas cuya actividad consiste en proporcionar servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público no sólo los datos relativos a sus propios abonados, sino también los datos de que dispongan relativos a abonados de otras empresas.

Por su parte, el artículo 12 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas («Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas»), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que obliga a una empresa que publica guías telefónicas accesibles al público a transmitir los datos de carácter personal de que disponga, relativos a abonados de otros proveedores de servicios telefónicos, a una empresa tercera cuya actividad consiste en publicar una guía accesible al público impresa o electrónica o permitir la consulta de tales guías a través de servicios de información sobre números de abonados, sin que dicha transmisión esté supeditada a un nuevo consentimiento de los abonados, siempre que, por una parte, éstos hayan sido informados, antes de la primera inclusión de sus datos en una guía pública, de la finalidad de ésta y del hecho de que sus datos podían ser comunicados a otro proveedor de servicios telefónicos y, por otra parte, se garantice que, después de su transmisión, los datos no puedan utilizarse con otros fines más que aquéllos para los que se hayan recogido para su primera publicación.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 13 de febrero al 15 de mayo de 2011) se han dictado un total de tres sentencias en esta materia.

La primera de ellas es la **STJUE (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011, *Comisión/España,* as. C-400/08**, en la cual se enjuicia la restrictiva normativa existente en Cataluña en materia de superficies comerciales.

Como es sabido, en Cataluña, pese a haber sido en su momento una de las regiones más desarrolladas de España, el gobierno autonómico, apoyado tradicionalmente por la pequeña burguesía catalana, ha impedido, hasta donde le ha sido posible, la libertad de comercio en dos aspectos muy concretos: el establecimiento de grandes superficies comerciales y la resistencia a ultranza a cualquier tipo de liberalización en materia de horarios. Esto incluso se ha extendido al ámbito del Estado, cuando los partidos estatales han necesitado de la minoría nacionalista catalana para gobernar.

En esta sentencia se enjuicia, desautorizándolas, las leyes del Parlamento autonómico catalán 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y 18/2005, de 27 de diciembre, sobre espacios comerciales, que pese a su eufemístico título, encubría realmen-

te una moratoria para dificultar, cuando no impedir, el establecimiento de grandes superficies. Es de señalar que los decretos de desarrollo de estas dos leyes redujeron todavía más la posibilidad de establecer grandes superficies comerciales un Cataluña.

El Tribunal declara el incumplimiento por parte del Reino de España (aunque la normativa, como ya hemos dicho, era genuinamente catalana) de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 TCE al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones:

— el artículo 4.1 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, por cuanto prohíbe la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios;

— los artículos 7 y 10.2 del anexo del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, así como el anexo 1 de éste, por cuanto dichas disposiciones limitan la implantación de nuevos hipermercados a un reducido número de comarcas y exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano.

— el artículo 6.2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el artículo 8 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y los artículos 31.4 y 33.2 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por exigir estas disposiciones la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir nuevos establecimientos comerciales grandes ni medianos, y

— el artículo 26 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por cuanto regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales garantizando la representación de los intereses del comercio minorista ya existente y no contemplando la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores.

En segundo lugar, la **STJUE (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011, *Comisión/Italia,* as. C-565/08**, en la cual se resuelve un recurso por incumplimiento relativo a las tarifas máximas de los honorarios de abogados fijadas por el Colegio de Abogados.

El tribunal desestimó el recurso, confirmando con ello la plena adecuación al derecho comunitario de la normativa italiana. Por reseñar brevemente ésta diremos que la profesión de abogado se rige en Italia por una vieja norma, el Real Decreto-ley n.º 1578, por el que se regulan las profesiones de abogado y de procurador de los tribunales, de 27 de noviembre de 1933, convertido en ley, tras su modificación, por la Ley n.º 36, de 22 de enero de 1934. En virtud de esta normativa, el Consejo Nacional de la abogacía «CNF») se constituye ante el Ministro de Justicia y está formado por abogados elegidos por sus colegas, a razón de un representante por cada distrito judicial.

La propia normativa prevé que los criterios que sirven para determinar los honorarios y las compensaciones económicas de los abogados y los procuradores en materia civil, penal y extrajudicial se establecen cada dos años mediante acuerdo del CNF. A continuación el

Ministro de Justicia debe aprobar tales criterios, previo dictamen del Comité interministerial de precios, tras consultar al Consejo de Estado.

Los criterios se establecen en función del valor de los litigios y el grado del órgano judicial que conoce de ellos y, en los procesos penales, en función de su duración. Para cada acto o serie de actos deben fijarse un límite máximo y otro mínimo de la cuantía de los honorarios. En materia extrajudicial debe tenerse en cuenta la importancia del asunto.

Y por último, la **STJUE (Gran Sala) de 5 de abril de 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable,* as. C-119/09**, cuyo origen está en una cuestión prejudicial sobre un recurso destinado a que se anulara el Decreto francés n.º 2007/1387, de 27 de septiembre de 2007, por el que se establece el código deontológico de los auditores de cuentas, en la medida en que prohíbe la captación directa de clientes.

El Tribunal estima nuevamente que esta posibilidad es contraria al derecho comunitario, y en concreto que el artículo 24.1 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se opone a una normativa nacional como la francesa, que prohíbe totalmente a los miembros de una profesión regulada, como la de auditor de cuentas, efectuar actos de captación directa de clientes.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Reconocimiento de títulos

La interesante **STJUE de 5 de abril de 2011, *Toki,* as. C-424/09,** tiene ocasión de interpretar, una vez más, la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Como es sabido, según el artículo 3 de dicha norma[(1)], cuando una profesión está regulada en dos Estados miembros, el Estado de acogida no podrá negar el acceso a la profesión a un nacional

(1) Literalmente, el artículo 3 de la Directiva 89/48 establece:

«Cuando, en el Estado miembro de acogida, el acceso o el ejercicio de una profesión regulada estén supeditados a la posesión de un título, la autoridad competente no podrá denegar a un nacional de otro Estado miembro el acceso a dicha profesión o su ejercicio en las mismas condiciones que a sus nacionales, alegando insuficiencia de cualificación:

a) si el solicitante está en posesión del título prescrito por otro Estado miembro para acceder a dicha profesión o ejercerla en su territorio, y lo ha obtenido en un Estado miembro, o
b) si el solicitante ha ejercido a tiempo completo dicha profesión durante dos años en el curso de los diez años anteriores en otro Estado miembro que no regule esta profesión, según lo dispuesto en la letra c) del artículo 1 y en el párrafo primero de la letra d) del mismo artículo, estando en posesión de uno o varios títulos de formación:
   — que hayan sido expedidos por una autoridad competente en un Estado miembro designada con arreglo a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de dicho Estado;
   — que acrediten que el titular ha cursado con éxito un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años, o de una duración equivalente a tiempo parcial en una universidad, en un centro de enseñanza superior o en otro centro del mismo nivel de formación de un Estado miembro y, en su caso, que ha cursado con éxito la formación profesional requerida, además del ciclo de estudios postsecundarios, y
   — que le hayan preparado para el ejercicio de dicha profesión.

de otro Estado miembro si éste está en posesión para ejercer la profesión en el Estado de origen. Cuando, en cambio, la profesión sólo esté regulada en el Estado de acogida, y no en el de origen, éste podrá exigir, además de un título de enseñanza superior, dos años de experiencia profesional.

En el supuesto de hecho sometido a la consideración del Tribunal, la primera duda que debe resolver la sentencia que reseñamos es qué mecanismo de reconocimiento, de los dos descritos, ha de aplicarse. Porque se da la circunstancia que la Sra. Toki solicitó en Grecia que se le habilitara para ejercer la profesión de Ingeniero Ambiental, que en dicho Estado se haya regulada. En el Estado de origen, Reino Unido, en cambio, para ejercer las actividades correspondientes a dicha profesión no es obligatorio ser miembro del *Engineering Council,* aunque gran parte de los profesionales de dicho ámbito, como la propia Sra. Toki, son miembros de él y se someten voluntariamente a las reglas que elabora.

Pues bien, el TJUE concluye que en este supuesto no es aplicable el mecanismo de reconocimiento «automático» del artículo 3.a) de la Directiva 89/48. Como en realidad en el Reino Unido la profesión de ingeniero ambiental no está regulada, sólo es aplicable el mecanismo de reconocimiento del artículo 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 89/48. Interesa llamar la atención que, en este punto, el Tribunal de Justicia ha rectificado expresamente la doctrina de su anterior Sentencia de 7 de septiembre de 2006, Price, C-149/05. Así, señala ahora en el apartado 24 de la Sentencia Toki:

> «Si bien es cierto que el artículo 1, letra d), párrafo segundo, de la Directiva 89/48 prevé que las profesiones contempladas en dicha disposición se equipararán a las profesiones reguladas cuando sean ejercidas por un miembro de la organización o asociación de que se trate, dicha equiparación no es completa, como señaló el Abogado General en el punto 57 de sus conclusiones, y dichas profesiones no constituyen profesiones reguladas en el sentido del artículo 1, letra c), de la referida Directiva. Por consiguiente, el mecanismo de reconocimiento previsto en el artículo 3, párrafo primero, letra a), de ésta no puede invocarse, contrariamente a lo que se declaró en los apartados 45 y 47 de la Sentencia Price, antes citada, por los solicitantes que pertenezcan a tal profesión. Además, contrariamente a lo que parece desprenderse de los apartados 36, 45, 46 y 48 de la referida Sentencia Price, es el mecanismo de reconocimiento previsto en el artículo 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 89/48, el que resulta aplicable a una profesión comprendida dentro de su artículo 1, letra d), párrafo segundo».

Por lo demás, otra duda que se plantea en el supuesto es si pueden computarse como años de experiencia profesional, a efectos del segundo mecanismo de reconocimiento, el tiempo en el que la Sra. Toki realizó actividades profesionales en Reino Unido como Ingeniera medioambiental. La Sra. Toki trabajó en el Departamento de Ingeniería Civil de una Universidad Pública hasta el 31 de agosto de 2002. Las actividades que ejerció

No obstante, no podrán exigirse los dos años de experiencia profesional mencionados en el párrafo primero de la presente letra cuando la titulación o titulaciones de formación que posea el solicitante y que se contemplan en la presente letra sancionen una formación regulada.

Se equiparará al título contemplado en el párrafo primero cualquier certificado o conjunto de certificados expedidos por una autoridad competente en un Estado miembro, que sancionen una formación adquirida en la Comunidad y que sean reconocidos como equivalentes por dicho Estado miembro, siempre que dicho reconocimiento haya sido notificado a los demás Estados miembros y a la Comisión.»

comprendían, además del trabajo general de investigación, la asistencia en sus trabajos a los estudiantes aún no titulados y a los estudiantes de tercer ciclo, así como la evaluación de la eficiencia de un método pionero de tratamiento de residuos en colaboración con una empresa privada especializada en las tecnologías relacionadas con ese ámbito. El Tribunal de Justicia parte de que debe considerarse suficiente, a los efectos del artículo 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 89/48, que la experiencia profesional invocada haya implicado, en el marco de un trabajo a tiempo completo, el ejercicio constante y regular de un conjunto de actividades profesionales que caracterizan la profesión de que se trata, sin que sea necesario que cubra la totalidad de dichas actividades. Por ello, no todas las actividades realizadas por la Sra. Toki deben tenerse en cuenta. A este respecto, no cabe considerar que las actividades ejercidas por la Sra. Toki, como el trabajo general de investigación o la asistencia en sus trabajos a los estudiantes aún no titulados y a los estudiantes de tercer ciclo, constituyen, por sí solas, un ejercicio efectivo de la profesión de ingeniero medioambiental y, por lo tanto, una experiencia profesional que debe tenerse en cuenta a los efectos del artículo 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 89/48.

Por el contrario, podrían constituir tal ejercicio los trabajos efectuados en cooperación con una sociedad privada especializada en las tecnologías relativas al tratamiento de residuos líquidos, siempre que, no obstante, dicha actividad se haya ejercido durante al menos dos años de manera constante y regular en el marco de un trabajo a tiempo completo, dato que, en su caso, incumbe comprobar a las autoridades nacionales.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

Durante el período analizado la República Portuguesa ha sido condenada en dos ocasiones por sendas infracciones a la libre circulación de capitales.

En primer lugar, la **STJUE de 7 de abril de 2011, *Comisión c. Portugal*, as. C-20/09,** ha condenado a Portugal ya que la Ley 39-A/2005, de régimen excepcional de regularización tributaria de elementos patrimoniales que no se encuentren en territorio portugués, de 31 de diciembre de 2004, es contraria a la libre circulación de capitales.

Muy sintéticamente, la norma se aplicaba a los elementos patrimoniales que se hallasen en territorio portugués. Para la regularización fiscal, además de presentar la declaración correspondiente, era preciso pagar el importe correspondiente a la aplicación de un tipo del 5% sobre el valor de los elementos patrimoniales. Este tipo, no obstante, se reducía al 2,5% si los elementos patrimoniales objeto de regularización fiscal fuesen títulos del Estado portugués o si, siendo elementos patrimoniales distintos, su valor se reinvirtiese en títulos de deuda pública portuguesa.

Tal y como afirma el Tribunal en el apartado 56 de la sentencia, el régimen controvertido establecía un trato diferenciado en función de que los sujetos pasivos poseyesen títulos de deuda pública emitidos por el Estado portugués o títulos de deuda pública emitidos por otros Estados miembros, trato desfavorable para la segunda categoría de sujetos pasivos. Por tanto, tal diferencia de trato puede disuadir a los sujetos pasivos de invertir en títulos de deuda pública emitidos por otros Estados miembros o de conservar tales títulos.

Esta restricción de la libre circulación de capitales no se encuentra justificada. La República Portuguesa alega que esta diferencia de tipos de regularización se justifica por el hecho de que el pago del importe correspondiente a la aplicación de tal tipo constituye una indemnización compensatoria que, en esencia, puede ser más importante para las inversiones regularizadas que se refieren a títulos emitidos por otros Estados miembros. Para el TJUE, en realidad, esta alegación trata de justificar una medida restrictiva a la libre circulación de capitales mediante la persecución de un objetivo de naturaleza económica, a saber, compensar la pérdida de ingresos fiscales por parte del Estado miembro afectado. Y en este sentido, basta con recordar que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada, un objetivo de carácter puramente económico no puede justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (apartado 65).

Por su parte, la **STJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión c. Portugal*, as. C-267/09,** ha declarado que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al haber adoptado y mantenido en vigor el artículo 130 del Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, que exige a los contribuyentes no residentes la designación de un representante fiscal en Portugal cuando perciben rentas que requieren la presentación de declaración. En este sentido, el Tribunal afirma (apartado 47) que la medida, aun justificada en una razón imperiosa de interés general, es desproporcionada. La obligación de designar un representante fiscal no constituye una respuesta apropiada o necesaria al «problema práctico» de la imposibilidad, alegada por la República Portuguesa, de entablar relación directa con los contribuyentes no residentes, debido a la distancia física entre éstos y las correspondientes entidades administrativas, que entorpece el funcionamiento de la actividad de éstas. Habida cuenta de los medios de comunicación modernos, parece posible obligar a los contribuyentes no residentes a comunicar a las autoridades portuguesas un domicilio en un Estado miembro distinto de la República Portuguesa para la recepción de cualesquiera notificaciones dirigidas por dichas autoridades. Como ha subrayado la Comisión, cuando la presencia física del contribuyente sea esencial, bastará con darle la opción de designar un representante fiscal, sin imponer una obligación general a este respecto.

Por su parte, la **STJUE de 31 de mayo de 2011, *Schröder*, as. C-450/09**, analiza un supuesto de deducibilidad de las rentas abonadas a un progenitor en el contexto de un anticipo de la herencia. Según la legislación alemana, estas rentas sólo son deducibles cuando el interesado esté sujeto al impuesto por obligación personal. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que, al tiempo que permite a un contribuyente residente deducir las rentas pagadas a un progenitor que le ha transmitido bienes inmuebles situados en el territorio de ese Estado de los rendimientos arrendaticios generados por esos bienes, no concede esa deducción a un contribuyente no residente, siempre que el compromiso de pagar esas rentas derive de la transmisión de dichos bienes.

Finalmente, en la **STJUE de 5 de mayo de 2011, *Prunus,* as C-384/09,** el Tribunal debe responder a una cuestión prejudicial relativa a la denegación de exenciones fiscales a empresas residenciadas en países y territorios de Ultramar (en adelante, PTU). En concreto, el Tribunal de Grande Instance de París pedía esencialmente que se dilucide si el principio de libre circulación de capitales debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal que exime del impuesto

sobre el valor de mercado de los inmuebles situados en el territorio de un Estado miembro de la Unión a las sociedades que tengan su domicilio social en el territorio de ese Estado y que supedita tal exención, respecto a una sociedad cuyo domicilio social se encuentre en el territorio de un PTU, a la existencia de un convenio de asistencia administrativa celebrado entre ese Estado miembro y el territorio pertinente con miras a luchar contra el fraude y la evasión fiscales.

Pues bien, el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión atendiendo a la fecha de la normativa examinada. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que la normativa controvertida en el litigio principal fue aprobada mediante la Ley n.º 92-1376, de 30 de diciembre de 1992, de Presupuestos Generales para 1993 (JORF n.º 304, de 31 de diciembre de 1992), que entró en vigor el 1 de enero de 1993. Por lo tanto, la restricción a la libre circulación de capitales procedentes de los PTU, resultante de esa normativa, existía antes del 31 de diciembre de 1993, fecha prevista en el artículo 64 TFUE, apartado 1. Por ello, se concluye que deben admitirse las restricciones resultantes de la normativa nacional controvertida[(2)].

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
LUIS F. MAESO SECO
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
JUANI MORCILLO MORENO
JESÚS PUNZÓN MORALEDA
JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

(2) En este sentido, es preciso recordar que el artículo 64.1 TFUE dispone que el reconocimiento de la libre circulación de capitales se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.

   A) Recurso de inconstitucionalidad.

   B) Cuestión de inconstitucionalidad.

   C) Recurso de amparo.

      a) Admisibilidad de la demanda. Supuestos en los que el Tribunal Constitucional aprecia especial trascendencia constitucional del recurso de amparo (art. 50 LOTC).

         a.1) Por nueva doctrina constitucional.
         a.2) Por cambios en la doctrina constitucional.
         a.3) Por incumplimiento de jurisprudencia constitucional.
         a.4) Por trascendencia del caso al plantear una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social».
         a.5) Por grave vulneración de los derechos del recurrente.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

   A) Unidad de gestión de la cuenca hidrográfica (art. 149.1.22 CE): inconstitucionalidad de la compartimentación del régimen jurídico y la administración de las aguas. Los Estatutos de Autonomía de Andalucía y Castilla y León menoscaban gravemente la función integradora de la competencia estatal en materia de aguas.

   B) Bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE): la acreditación de enseñanzas de formación continuada es una función de naturaleza ejecutiva que corresponde a la Administración autonómica.

   C) Legislación mercantil (art. 149.1.6 CE): la norma autonómica no puede modificar la definición que hace el legislador estatal de la venta en rebajas.

   D) Regulación del sector eléctrico: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE).

   E) Regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE): la LOREG habilita a las Comunidades Autónomas para incrementar el porcentaje de representación mínimo de mujeres en las candidaturas a las elecciones autonómicas.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan en la crónica las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas los meses de enero, febrero y marzo de 2011. Durante el primer trimestre de 2011 el Tribunal Constitucional ha dictado 40 sentencias de las que 6 son recursos de inconstitucionalidad, 2 cuestiones de inconstitucionalidad (una de ellas interna), un conflicto positivo de competencias y 31 recursos de amparo. Cabe destacar que de los 31 recursos de amparo admitidos a trámite 14 fueron planteados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, ofreciendo información sobre el requisito de «especial trascendencia constitucional» del art. 50.1.b) LOTC del trámite de admisión del recurso de amparo. En este sentido queda patente que el Tribunal Constitucional está terminando de tramitar los recursos de amparo planteados y acumulados con anterioridad a la reforma. Respecto de los recursos de amparo planteados con posterioridad, en la mayoría de ellos, el Tribunal ha empleado un año y pocos meses en su tramitación, desde su planteamiento hasta la sentencia.

En el apartado sobre distribución de competencias, debemos resaltar la **STC 30/2011**, **de 16 de marzo,** y la **STC 32/2011, de 17 de marzo,** en las que se declaran inconstitucionales dos artículos del Estatuto de Autonomía de Andalucía y Castilla y León relacionados con las competencias sobre el agua.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

C) Recurso de amparo

a) Admisibilidad de la demanda. Supuestos en los que el Tribunal Constitucional aprecia especial trascendencia constitucional del recurso de amparo (art. 50 LOTC)

a.1) Por nueva doctrina constitucional

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite cuatro recursos de amparo porque planteaban supuestos carentes de desarrollo en la jurisprudencia constitucional:

— La Sala Segunda enfatiza en la explicación sobre el nuevo trámite de admisión que realiza en la **STC 17/2011**, **de 28 de febrero,** FJ 2, que la especial trascendencia

constitucional del recurso «deriva de la carencia de pronunciamientos de este Tribunal que delimiten las consecuencias constitucionales del actual supuesto respecto de otros ya juzgados, dando así ocasión para aclarar el sentido y alcance de la doctrina del Tribunal». En un asunto sobre postulación y, concretamente, sobre la sustitución de un Letrado por otro, la novedad de este asunto estribaba en que no existía doctrina constitucional cuando esta sustitución de Letrados fuera entre Abogados que simplemente tenían conferida la dirección técnica o asistencia letrada (FJ 2).

— En la **STC 15/2011, de 28 de febrero,** la Sala Primera tuvo la oportunidad de desarrollar con detalle el derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario (art. 18.3 CE).

— La misma Sala en la **STC 36/2001, de 28 de marzo**, completó y aclaró su doctrina constitucional relativa al contenido y alcance del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales (FJ 2).

— Por su parte, la Sala Segunda dictó la **STC 37/2011, de 28 de marzo,** en la que desarrolló el concepto de consentimiento informado como elemento esencial del derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE.

a.2) Por cambios en la doctrina constitucional

Los recursos de amparo admitidos a trámite por cambios en la doctrina constitucional durante este trimestre obedecieron a diversos motivos.

— En primer lugar, debido a la existencia de nuevas realidades sociales, como es el caso de la **STC 26/2011, de 14 de marzo,** en la que la Sala Primera apreció especial trascendencia constitucional del recurso de amparo porque le permitió perfilar, como consecuencia de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral. En este asunto, evidenciando un cambio en la realidad social, es un varón quien insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar (FJ 2).

— La aclaración del sentido y alcance de su propia doctrina es el criterio con más presencia dentro de este supuesto. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha pronunciado la **STC 38/2011, de 28 de marzo,** para concretar el alcance de la STC 179/2009, en un caso sobre cuotas tributarias del impuesto sobre actividades económicas y sobre impuesto de sociedades.

— También en un caso sobre supuesta discriminación laboral por razón de sexo al no permitir escoger un determinado horario para el cuidado de la hija menor, la **STC 24/2011, de 24 de marzo,** declara inaplicable al caso la STC 3/2007, de 15 de enero, alegada por la recurrente, señalando la Sala Segunda las diferencias con el caso de autos y profundizando así en el significado de la sentencia apuntada.

a.3) Por incumplimiento de jurisprudencia constitucional

A pesar de que es el supuesto en el que mejor encajarían, a nuestro juicio, el único motivo por el que los siguientes recursos de amparo fueron admitidos a trámite fue determinar la

existencia o no de las vulneraciones alegadas de derechos fundamentales, ya que en ninguno de estos casos se evidenció la violación general y reiterada de ningún derecho fundamental como exige la STC 155/2009 («cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria»).

Es más, en ninguno de los recursos de amparo que se señalarán puede apreciarse un argumento de corte objetivo para su admisión. Esta práctica del Tribunal evidencia la ausencia de un concepto elaborado y desarrollado de la «especial trascendencia constitucional», en especial respecto de los supuestos que se refieren a la aplicación de la doctrina constitucional por parte de los tribunales ordinarios.

— En la **STC 16/2011, de 28 de febrero,** el recurrente alegaba indefensión por imposibilidad de combatir, en el trámite casacional, determinadas deficiencias existentes en la Sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial (FJ 3). Tras repasar la jurisprudencia firme sobre indefensión y sobre el derecho a la doble instancia en vía penal alegada de manera tangencial por el recurrente, la Sala Segunda desestimó el recurso de amparo.

— Más desconectada aún con algún criterio de especial trascendencia constitucional y centrándose únicamente en la vulneración de un derecho fundamental está la **STC 25/2011, de 14 de marzo,** en la que la Sala Segunda admite los recursos de amparo que demandan la vulneración de los arts. 18.3 y 24.2 CE por unas escuchas telefónicas en el seno de una investigación sobe tráfico de drogas. La Sala desestima el recurso por no apreciar vulneración de ninguno de los derechos fundamentales.

a.4) Por trascendencia del caso al plantear una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social»

En este trimestre el Tribunal Constitucional admitió a trámite y estimó dos amparos parlamentarios planteados debido a la inadmisión sin motivación suficiente por parte de la Mesa de las Cortes Valencianas de preguntas parlamentarias o de proposiciones no de ley: **STC 29/2011, de 14 de marzo y STC 27/2011, de 14 de marzo**.

a.5) Por grave vulneración de los derechos del recurrente

La Sala Primera del Tribunal Constitucional admite a trámite y estima sendos recursos de amparo que demandaban la vulneración del art. 24 CE pero en un contexto evidente de riesgo de menoscabo de la dignidad de los recurrentes (art. 10.1 CE), verdadero motivo, a nuestro juicio, por el que el Alto Tribunal admitió a trámite los recursos.

— En la **STC 14/2011, de 28 de febrero**, el asunto de fondo que da lugar al recurso de amparo es la demanda de un recluso que acusaba a las autoridades penitenciarias de que a los internos del módulo de aislamiento les cortaban el cabello a través de los barrotes de la celda, lo que debería ser considerado un trato degradante y humillante contrario al art. 10.1 CE. La Sala Primera estima el recurso de amparo

al considerar vulnerado el art. 24.2 CE pues el órgano judicial rechazó realizar las pruebas que el recurrente solicitaba practicar. Sin embargo, a excepción de que el telón de fondo del caso era la dignidad del recluso (art. 10.1 CE), el recurso de amparo sólo demandaba la vulneración de un derecho fundamental como el contenido en el art. 24.2 CE sobre la práctica de la prueba.

— Por su parte, la **STC 7/2011, de 28 de febrero,** resuelve un asunto sobre la incapacitación del recurrente, interno en un centro penitenciario de Madrid, instada por el Ministerio Fiscal. Durante el proceso judicial se suceden una serie de irregularidades procesales que finalmente se traducen, a juicio de la Sala Primera, en la vulneración del art. 24.1 CE, concretamente del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del recurrente. Sin embargo, a lo largo de la sentencia se insiste en «la importancia de los intereses a dilucidar» (FJ 5) puesto que «toda limitación o restricción de la capacidad jurídica de una persona, que es lo que está en juego en el proceso de incapacitación, afectan a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» (FJ 4).

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Unidad de gestión de la cuenca hidrográfica (art. 149.1.22 CE): inconstitucionalidad de la compartimentación del régimen jurídico y la administración de las aguas. Los Estatutos de Autonomía de Andalucía y Castilla y León menoscaban gravemente la función integradora de la competencia estatal en materia de aguas

La **STC 30/2011, de 16 de marzo,** estima el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. El Tribunal Constitucional anula el art. 51 de este Estatuto de Autonomía, que atribuía a Andalucía «competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma».

La declaración de inconstitucionalidad se apoya en dos argumentos. Desde un punto de vista material, se argumenta que el Estatuto de Autonomía contradice el sentido que el legislador estatal y la jurisprudencia constitucional han atribuido al art. 149.1.22 CE. La Sentencia de referencia es la STC 227/1988, de 29 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del principio de unidad de gestión de cuenca hidrográfica, como criterio de delimitación territorial utilizado por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, para precisar el alcance del art. 149.1.22 CE. La Sentencia de 16 de marzo de 2011 subraya que la interpretación del art. 149.1.22 CE debe necesariamente realizarse desde la perspectiva del art. 45.2 CE, que obliga a todos los poderes públicos a velar por la utilización racional de los recursos naturales. De entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, el Tribunal Constitucional únicamente respalda aquellas que razonablemente permitan alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del

medio ambiente. La consecuencia que se extrae es la constitucionalización del principio de unidad de gestión de la cuenca hidrográfica y la correspondiente exclusión de aquellas opciones que supongan una compartimentación del régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma.

El segundo argumento que se utiliza guarda relación con la aptitud formal de los estatutos de autonomía para concretar las competencias estatales. El Tribunal Constitucional afirma, citando la STC 247/2007, que las normas estatutarias sólo pueden delimitar el alcance de las competencias del Estado cuando la precisión de las competencias estatales se haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas y siempre que no se impida el despliegue completo de las funciones propias del Estado. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que el Estatuto de Andalucía menoscaba gravemente la función integradora de la competencia estatal en materia de aguas.

El Tribunal Constitucional no considera posible realizar una interpretación conforme de la norma estatutaria para preservar la validez del art. 51 del Estatuto de Andalucía. La Sentencia afirma que las interpretaciones alternativas que proponía el Abogado del Estado pugnan «con el sentido lógico que se deriva del entendimiento literal y sistemático más evidente del precepto».

El Tribunal Constitucional considera que existe identidad sustancial entre este caso y el recurso interpuesto contra el art. 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, por lo que se declara la inconstitucionalidad de esta norma en la **STC 32/2011, de 17 de marzo.** Se extiende a la regulación que hace el Estatuto de Castilla y León de las competencias sobre el Duero la doctrina elaborada en relación con el Estatuto de Andalucía y el Guadalquivir. El artículo anulado del Estatuto de Castilla y León atribuía a esta Comunidad Autónoma «competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma».

B) Bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE): la acreditación de enseñanzas de formación continuada es una función de naturaleza ejecutiva que corresponde a la Administración autonómica

La **STC 1/2011, de 14 de febrero,** analiza las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma de Aragón en relación con la formación continuada de los profesionales sanitarios. Según la Sentencia, la formación profesional continua de los profesionales sanitarios, que ya han obtenido previamente la correspondiente titulación que les habilita para ejercer su profesión, no pertenece al ámbito de la educación, sino que debe encuadrarse dentro de la materia «sanidad», en la que el Estado tiene únicamente atribuida la competencia para el establecimiento de las normas básicas y coordinación (art. 149.1.16 CE). El Tribunal Constitucional considera que el Estado no es competente para realizar actuaciones de naturaleza ejecutiva, como son acreditar las enseñanzas específicas de la formación continuada, expedir los certificados o diplomas que acrediten con carácter oficial las enseñanzas impartidas o emitir informes a los efectos de la evaluación y supervisión de estas actividades

formativas. Se declara la nulidad parcial del art. 35 (apartados 1 y 4) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias y de varios convenios de colaboración celebrados entre los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, y de Sanidad y Consumo y los Consejos Generales de Colegios de Veterinarios, Médicos, Odontólogos y Estomatólogos, Farmacéuticos y Diplomados en Enfermería.

C) Legislación mercantil (art. 149.1.6 CE): la norma autonómica no puede modificar la definición que hace el legislador estatal de la venta en rebajas

La **STC 4/2011, de 14 de febrero,** declara la inconstitucionalidad de parte del art. 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio interior. El problema radica en que la norma catalana establecía una definición de la «venta en rebajas» que ampliaba la definición contenida en la norma estatal (Ley 7/1996) para incluir no sólo la oferta de productos a un precio inferior al fijado antes de su venta, sino también la promesa de «unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente». El Tribunal Constitucional se basa en la doctrina establecida en la STC 157/2004 para considerar que la regulación autonómica incide en el ámbito del «contenido contractual de la operación» e invade la competencia exclusiva del estado en materia de «legislación mercantil» (art. 149.1.6 CE). Debemos advertir que la Sentencia toma como parámetro de control lo que se establecía en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, sin tener en cuenta la modificación estatutaria de 2006, por considerar que la doctrina del *ius superveniens*, según la cual, el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia, no resulta aplicable a las cuestiones de inconstitucionalidad.

D) Regulación del sector eléctrico: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE)

La **STC 18/2011, de 3 de marzo,** analiza el régimen competencial del suministro de energía eléctrica en Canarias. Se resuelven de forma acumulada dos recursos de inconstitucionalidad. El primero, promovido por el Parlamento de Canarias y el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico; y el segundo, interpuesto por el Presidente del Gobierno con respecto a diferentes preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario. En consecuencia, son dos las normas cuya constitucionalidad examina la Sentencia: la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico y la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional afirma que se produce en el sector eléctrico una concurrencia de títulos competenciales estatales y autonómicos y subraya que el Estado puede intervenir en la ordenación de este sector tanto a través del título general relativo a la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) como mediante el más específico relativo al régimen energético (art. 149.1.25 CE). La Sentencia

sostiene que no puede aplicarse en este ámbito la regla general de que la regla competencial específica prevalece sobre la más genérica porque cada uno de estos títulos competenciales confiere al Estado distintas facultades de actuación. Se destaca que la competencia estatal sobre la planificación económica no se agota en las bases, sino que comprende además la facultad de coordinación. Se cita como referencia jurisprudencial la STC 197/1996, de 28 de noviembre (caso ley de ordenación del sector petrolero).

a) El legislador estatal no puede delimitar con carácter general las competencias autonómicas en materia de sector eléctrico

La Sentencia declara la inconstitucionalidad del apartado 3 del art. 3 de la Ley estatal, que establecía un listado de competencias autonómicas en materia de sector eléctrico. El Tribunal Constitucional invoca la STC 197/1996, de 28 de noviembre, para afirmar que «el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, sin una expresa previsión constitucional o estatutaria».

b) El Estado se encuentra habilitado para llevar a cabo una actividad planificadora en relación con el sector eléctrico

La Sentencia considera que las normas que contiene la Ley del sector eléctrico en materia de planificación energética satisfacen las exigencias materiales y formales establecidas por la jurisprudencia constitucional sobre normativa básica. Se argumenta que la naturaleza indicativa de la planificación —salvo en materia de transporte— excluye por principio la idea de una planificación de detalle en la que se marginen las competencias autonómicas, por lo que resulta posible el ejercicio de la correlativa potestad planificadora autonómica.

c) El Gobierno de la Nación puede adoptar medidas para garantizar el suministro de electricidad

La Sentencia declara la constitucionalidad de los apartados 2 y 3 del art. 10 de la Ley del sector eléctrico, en los que se habilita al Gobierno a adoptar diferentes medidas en supuestos en los que concurran circunstancias que amenacen la continuidad del suministro. El Tribunal Constitucional considera que estas facultades constituyen un «complemento necesario» de un principio básico de la ley: el principio de garantía del suministro de energía eléctrica (recogido en el apartado primero del mismo artículo y cuyo carácter básico es reconocido por la propia Comunidad Autónoma). La norma es considerada básica en abstracto, pero la Sentencia visa de que el carácter básico de las medidas concretas que se adopten podrá ser controlado posteriormente. El Tribunal Constitucional advierte de que el Gobierno deberá «justificar, en cada supuesto en el que haga uso de sus potestades de actuación, el carácter materialmente básico de la medida adoptada, extremo este que podrá, en su caso, ser objeto del correspondiente control por las vías procedimentales apropiadas, ante este Tribunal o ante la jurisdicción ordinaria».

d) Coordinación de la distribución de energía eléctrica: el Estado puede establecer criterios de regulación

La Sentencia analiza el art. 39.4 de la Ley del sector eléctrico, que establece que los criterios de regulación de la distribución de energía eléctrica se establecerán «atendiendo a zonas eléctricas con características comunes y vinculadas con la configuración de la red de transporte y de ésta con las unidades de producción» y serán fijados por el Ministerio de Industria y Energía, «previo acuerdo con las Comunidades Autónomas afectadas, con el objeto de que exista la adecuada coordinación del desarrollo de las actividades de distribución». El Tribunal Constitucional sostiene que la competencia del Estado para establecer criterios de regulación de la distribución de energía eléctrica encuentra apoyo en el art. 149.1.13 CE y alcanza al sistema en su conjunto, incluyendo todas las «zonas eléctricas con características comunes» (que se definen como el área geográfica de actuación de un distribuidor), también las que se encuentren exclusivamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias. La Sentencia no considera que la insularidad (la red de distribución eléctrica en Canarias no está conectada con la red peninsular) sea motivo para excluir esta competencia estatal de coordinación, debido al «innegable valor estratégico de la red de distribución canaria para el conjunto del sistema». La Sentencia interpreta además el sentido que debe darse al inciso «previo acuerdo con las Comunidades Autónomas afectadas» que se establece en este mismo art. 39.4 de la Ley del sector eléctrico. El Tribunal Constitucional señala que la posición expresada por las Comunidades Autónomas no impide al Estado el libre y pleno ejercicio de sus competencias. En el caso de que el Estado no obtenga el acuerdo de las Comunidades Autónomas, puede fijar unilateralmente los criterios de regulación de la distribución de energía eléctrica. El fallo de la Sentencia refleja esta declaración interpretativa.

e) El legislador estatal puede establecer un régimen transitorio para la liberalización de la actividad de producción de energía eléctrica atendiendo a las características especiales del sistema eléctrico canario

El Tribunal Constitucional confirma el carácter básico de la Disposición Transitoria 15.ª de la Ley del sector eléctrico, que establece un período de transición a la competencia para la actividad de producción de energía eléctrica en el caso de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares. La Sentencia declara que reviste naturaleza básica la norma estatal que prevé la existencia de un régimen transitorio para la regulación de las actividades eléctricas «dada la ubicación de los territorios a los que afecta, aislados con respecto al sistema eléctrico peninsular».

f) Inconstitucionalidad mediata de preceptos autonómicos por contradecir la normativa básica estatal

En esta misma Sentencia se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra diversos artículos de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario. El Tribunal Constitucionalidad reitera su jurisprudencia que exige para declarar la inconstitucionalidad mediata de una norma autonómica

comprobar primero que la norma estatal tiene carácter básico y apreciar posteriormente la existencia de una contradicción entre las normas estatal y autonómica que sea real y efectiva, así como insalvable por vía interpretativa.

E) Regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE): la LOREG habilita a las Comunidades Autónomas para incrementar el porcentaje de representación mínimo de mujeres en las candidaturas a las elecciones autonómicas

La **STC 40/2011, de 31 de marzo,** confirma la constitucionalidad del art. 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2005, de 8 de abril, por el que se modifica el art. 23 de la Ley 1/1986, de 2 de enero, electoral de Andalucía con la intención de promover la igualdad entre hombres y mujeres en las candidaturas que se presenten a las elecciones autonómicas. La Ley establece la alternancia entre hombres y mujeres en las listas electorales («listas cremallera»). El Tribunal Constitucional rechaza que se haya producido una infracción de la competencia reservada al Estado por el art. 149.1.1 CE en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), reiterando la argumentación utilizada en la STC 13/2009, de 19 de enero (comentada en *Justicia Administrativa,* núm. 44) en relación con la Ley electoral del País Vasco. El Tribunal Constitucional considera que la Ley autonómica resulta conforme a lo establecido por el legislador orgánico (art. 44 bis LOREG), que habilita al legislador autonómico para incrementar el porcentaje de representación mínimo de mujeres, por lo que no se vulnera la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.1 CE.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMENECH
RAFAEL BUSTOS GISBERT
ENCARNA CARMONA CUENCA
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
MARÍA DÍAZ CREGO
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
MIGUEL PÉREZ MONEO AGAPITO
MÓNICA ARENAS RAMIRO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
ROBERTO ROSINO CALLE
LUCÍA ALONSO SANZ

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH).

a) Uso de una fuerza mortal por razones de seguridad ciudadana: el «G8» en Génova (artículo 2 CEDH). La necesaria formación de los agentes en el empleo proporcionado de las armas de fuego.
b) Alcance de las obligaciones de las autoridades de la transición en la búsqueda de desaparecidos.
c) La condena de un particular por la muerte de un recluso, sin determinación de la responsabilidad de las autoridades estatales, vulnera el artículo 2 CEDH.

B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH).

a) La inadecuación de los formularios o de los informes de los médicos forenses para el examen a los detenidos que alegan malos tratos puede constituir una violación de procedimiento del artículo 3 CEDH. El importante papel del Comité para la Prevención de la Tortura.
b) Castigos penitenciarios y traslados frecuentes. Las condiciones de las zonas de castigo para reclusos han de reunir unas mínimas condiciones. Recurso efectivo: los recursos contra las sanciones disciplinarias penitenciarias han de poder ser revisados por la autoridad judicial de manera inmediata.
c) Ausencia de obligaciones positivas en un procedimiento de tortura contra una profesora funcionaria pública.

C) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH).

a) Privación de libertad: medidas de seguridad posteriores a la condena penal; problema de encaje convencional.

D) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).

a) Derecho a la vida privada familiar. Incluye, *prima facie,* el derecho a decidir cuándo y cómo morir pero los Estados gozan de un amplio margen de apreciación. Ausencia de obligaciones positivas estatales.
b) Las secuelas en la salud y en los domicilios por la contaminación producida por minas de propiedad estatal suponen lesión del artículo 8. Especial obligación de los poderes públicos.

c) La atribución de la custodia de los hijos nacidos fuera del matrimonio a las madres vulnera el artículo 8 CEDH, en relación con el artículo 14 CEDH.

E) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

a) La publicación en las tarjetas de declaración de impuestos de las contribuciones a la Iglesia no lesiona el CEDH.

F) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

a) Injurias graves al Rey y libertad de expresión: las penas privativas de libertad por este delito sólo resultan admisibles en circunstancias muy excepcionales (artículo 10 CEDH).

b) Una información legítima puede devenir contraria al Convenio debido al material adicional fotográfico que le acompaña. Protección cualificada del derecho a la imagen incluso de personas públicas. Proporcionalidad en las sanciones. Caso Naomi Cambell.

c) Cesión de espacios públicos para campañas que pueden resultar contrarias al orden y la moral públicos.

G) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH).

a) No es discriminatoria la fijación de distintas edades entre hombres y mujeres para la obtención de una pensión.

H) Derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo 1).

a) Derecho de los padres a elegir una educación para sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas: los crucifijos en las aulas no interfieren en el ejercicio del derecho.

I) Derecho a la participación en elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1).

a) Derecho al sufragio y a elecciones libres: no ampara las elecciones (directas) a la presidencia del Gobierno: además, las restricciones temporalmente ilimitadas a elecciones parlamentarias no son proporcionadas.

J) Libertad de circulación (artículo 2 del Protocolo 4).

a) Vulneración de la libertad de circulación por negar la expedición de un pasaporte a militar retirado conocedor de secretos de Estado.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

A) Igualdad de trato entre hombre y mujer: diferencia de trato en las primas de seguro. Artículos 21 y 23 CDFUE.

B) Estatuto de ciudadano de la Unión. Prohibición de discriminación por nacionalidad para la protección de los derechos del menor. Artículos 20 TUE y 21 y 24 CDFUE.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Igualdad (artículo 14 CE).

a) Igualdad en el sufragio: el legislador electoral debe compatibilizar dicho principio con las exigencias de proporcionalidad y representación adecuada del territorio.

b) Prohibición de discriminación por circunstancias familiares: las disposiciones que afecten a la conciliación profesional y familiar deben ponderarse desde la perspectiva del mandato constitucional de protección a la familia.

B) Secreto de las comunicaciones (artículo 18.2 CE).

a) En las cartas cerradas que los internos dirigen al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la obligación de comunicar el asunto de que tratan a la Administración Penitenciaria vulnera ese derecho.

C) Derecho a ejercer cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE).

a) El derecho a votar en las Comisiones informativas del Pleno Municipal forma parte del núcleo de la función representativa de los Concejales y, por tanto, su restricción supone vulneración de este derecho.

b) Las facultades de formular preguntas parlamentarias y de presentar proposiciones no de ley forman parte del núcleo de la función representativa y su limitación o restricción requieren motivación suficiente.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

a) Motivación insuficiente de resoluciones judiciales por no explicar por qué se considera una relación administrativa y contractual como presupuesto de la aplicación de un determinado plazo de prescripción y no de otro.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Intimidad, propia imagen y derechos de libre comunicación (artículos 18 y 20 CE).

a) Los derechos a la intimidad y a la propia imagen prevalecen sobre la libertad de información cuando la persona ha tratado de preservar una esfera íntima y ésta se ve invadida gracias a la utilización de medios técnicos de alto alcance, ¿o no?

b) La información sobre el origen no matrimonial de la filiación de un miembro de la nobleza se ve cubierta por la libertad de creación artística y científica.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se revisan las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional (SSTC 1/2011 a 40/2011) y Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales durante el primer trimestre de 2011. Se incorpora a la crónica de derechos fundamentales la actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuya jurisprudencia en materia de derechos es cada vez más importante y que tiene, ahora, el apoyo expreso de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) plenamente vigente. Sólo se abordarán en esta crónica aquellas decisiones que tengan relevancia desde el punto de vista de derechos fundamentales. La actividad de la corte de Luxemburgo relativa al Derecho de la Unión Europea y a las libertades comunitarias clásicas seguirá siendo realizada en la Crónica I de la presente revista.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Cabe destacar con carácter general en esta crónica la resolución de varios casos contra España en sede Europea. Dos condenas son relevantes, la primera resultaba claramente previsible teniendo en cuenta la superprotección otorgada por Estrasburgo a la libertad de expresión de los representantes políticos, especialmente aquellos que ocupan un cargo representativo y se expresan en el marco del llamado political speech. Por ello no resulta sorprendente la declaración de la violación del derecho a la libertad de expresión de Arnaldo Otegui por unas (por otra parte, intolerables) declaraciones contra S.M. el Rey. Igualmente previsible es la condena a España por la inadecuación de los protocolos forenses en los casos de alegación de tortura. Los continuos avisos del Comité para la Prevención de la Tortura (también dependiente del Consejo de Europa) continuamente desoídos por las autoridades españolas hacían presagiar, tarde o temprano, una condena a España en este sentido.

Respecto a la jurisprudencia dictada contra otros Estados es de destacar la resolución del conocido caso Lautsi en Gran Sala a petición del gobierno italiano. El TEDH opta por dar la razón a Italia y considerar que la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos no lesiona la libertad de conciencia de quienes no profesan una religión vinculada al cristianismo. Quizá hubiera sido de interés que el TEDH ante una decisión de esta envergadura hubiera sido mucho más cuidadoso en el desarrollo de su argumentación que queda, en esta ocasión, claramente poco elaborada. Es igualmente importante el asunto MGN Limited contra Reino Unido que resuelve una reclamación del Daily Mirror al ser condenado por violar el derecho a la intimidad de la conocida modelo Naomi Cambell. La sentencia se sitúa claramente en la estela del asunto «Carolina» —von Hannover contra Alemania (1)— protegiendo de modo cualificado la imagen de las personas públicas en una jurisprudencia que está costando imponer en algunos Estados miembros como muestra en esta misma crónica la falta de claridad del propio Tribunal Supremo español en algunas de sus decisiones.

A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH)

a) Uso de una fuerza mortal por razones de seguridad ciudadana: el «G8» en Génova (artículo 2 CEDH). La necesaria formación de los agentes en el empleo proporcionado de las armas de fuego

El **Caso Giuliani y Gaggio contra Italia, de 24 de marzo de 2011,** recoge una decisión de la Gran Sala. Previamente una Sala rechazó en 2009 por unanimidad la violación del artículo 2 CEDH en sus aspectos sustantivos por el uso excesivo de la fuerza, pero por mayoría de votos la reconoció en sus aspectos de procedimiento. El Gobierno pidió el reenvío a una Gran Sala (artículo 43 CEDH) que ahora dicta esta sentencia desestimatoria, curiosamente como en el **Caso Lautsi,** con un fallo divergente al primero (si bien con tres votos particulares).

Los hechos se refieren a la reunión en 2001 en Génova de la cumbre del llamado «G8». Como se recordará esta reunión originó multitudinarias manifestaciones «antiglobalización» lo que provocó la necesidad de organizar un importante y complicado aparato de seguridad a cargo de las autoridades italianas. En este marco, el Sr. Giuliani falleció como consecuencia de un disparo y sus familiares actúan como actores en este litigio.

El TEDH enumera como basamento de su decisión distintos documentos internacionales con relevancia en la materia. En su razonamiento, la Corte admite que el uso de la fuerza por la policía debe ser proporcionado como respuesta al alegato de los actores de que la fuerza mortal utilizada no era absolutamente necesaria. Y advierte de que ha podido visionar con detalle un abundante material audiovisual y fotográfico sobre los acontecimientos, lo que no es habitual en este tipo de conflictos. Seguidamente se reseña la consolidada jurisprudencia en la materia. El artículo 2 describe algunos supuestos en los cuales puede producirse la muerte como consecuencia del uso de la fuerza, pero no puede definir todas las situaciones en las que está permitido provocar intencionalmente la muerte, sólo enumera los supuestos en que puede ocurrir de forma involuntaria. El juicio de necesidad de la medida debe, no obstante, hacerse de manera estricta en una sociedad democrática y de forma especialmente vigilante, pues se trata de un valor absoluto como es la vida. Bien es verdad que la Corte, en la serenidad de sus deliberaciones, no puede sustituir su apreciación por la del agente de policía que reaccionó disparando, atemorizado ante un peligro con el fin de salvar su vida. La Corte reconoce que el agente recurrió a un medio de defensa potencialmente mortal «con la convicción honesta» de que su propia vida e integridad física y la de sus colegas estaban en peligro como consecuencia de esta agresión ilegal. Así el Sr. Giuliani arrojó un extintor con fuerza contra los ocupantes sin detenerse ante las reiteradas advertencias del policía. Por tanto, se estima que el uso de la fuerza era absolutamente necesario.

El TEDH insiste en la importancia de la formación de la policía con el fin de que puedan apreciar si el uso de las armas de fuego resulta realmente necesario en situaciones concretas sin contentarse solamente con seguir de forma literal las previsiones reglamentarias según ya se había dicho en el importante **Caso McCann**. Finalmente, no deja de reconocerse que se trataba de una manifestación de gran envergadura, que degeneró en violencia, dando lugar a un dispositivo policial de alrededor de 18.000 unidades. Por todo ello, se concluye que las autoridades italianas no violaron el artículo 2 CEDH como consecuencia de su organización de las operaciones de seguridad ciudadana.

Sobre la violación de la garantía en su vertiente procedimental, la Gran Sala deplora que la investigación oficial seguida se limitara a examinar al policía responsable sin estudiar el contexto general para determinar qué medidas debían adoptarse ni ocuparse de por qué razón un policía herido no fue llevado inmediatamente al hospital en lugar de dejarlo armado en un jeep. Asimismo la Corte repasa los requisitos que debe respetar una investigación oficial sobre un homicidio: realizar un análisis meticuloso, objetivo e imparcial de todos los elementos pertinentes; ser accesible a la familia de la víctima; constatar si la fuerza estuvo justificada,... De acuerdo con estos principios, se resuelve que no hubo una violación de las obligaciones positivas de procedimiento que emanan del artículo 2 CEDH, pues se actuó sin dilaciones, pese a que se admite que hubo dudas sobre la imparcialidad del experto nombrado para realizar las investigaciones y a que hubo problemas con la audiencia a los familiares.

b) Alcance de las obligaciones de las autoridades de la transición en la búsqueda de desaparecidos

En **Palic contra Bosnia y Herzegovina, de 15 de febrero de 2011,** la recurrente denuncia la desaparición de su marido, un comandante militar que había ido a negociar la rendición

de su zona durante la guerra de Bosnia que tuvo lugar entre 1992 y 1995. La Corte se enfrenta en primer lugar al problema de que los hechos son anteriores a la ratificación del CEDH por parte de Bosnia-Herzegovina el 12 de julio de 2002 y concluye que se trata de una «situación continuada» y que la desaparición de una persona ni siquiera concluye con el descubrimiento del cadáver, sino que también es preciso identificar y perseguir a las personas que han cometido los actos contrarios al Convenio.

En cuanto al fondo del asunto, la Corte considera que a pesar de un retraso inicial, las investigaciones concluyeron con la identificación de los restos mortales en un contexto de más de 30.000 desaparecidos en la guerra, así como que entre 2005 y 2006 las autoridades adoptaron diversas medidas para lograr el arresto de los responsables, aunque no se haya podido conseguir su extradición al tratarse de ciudadanos serbios e impedir la constitución serbia la extradición de sus nacionales. En el contexto del caso la Corte considera que las autoridades nacionales llevaron a cabo una investigación independiente y efectiva de su desaparición y muerte, sin que exista ningún período de inactividad a partir de 2005, por lo que, atendiendo a las circunstancias de Bosnia hasta 2005 y las del caso, afirma que no se han vulnerado los aspectos procedimentales del artículo 2 CEDH.

c) La condena de un particular por la muerte de un recluso, sin determinación de la responsabilidad de las autoridades estatales, vulnera el artículo 2 CEDH

En el asunto **Iorga y otros c. Rumanía, de 25 de enero de 2011**, el TEDH aplicaba su jurisprudencia habitual sobre la responsabilidad del Estado en casos de muerte de un detenido, subrayando ciertas especificidades. En el caso objeto de estudio, el detenido había sido condenado al pago de una multa económica y, tras su impago, fue recluido en un centro de detención en el que estaban recluidos presos peligrosos, condenados por la comisión de delitos violentos a penas privativas de libertad. A pesar de ello y de que el detenido era alcohólico e iba a sufrir previsiblemente los efectos de su abstinencia, el recurrente fue ingresado en un celda común, con un numero importante de reclusos, que le pegaron de forma continuada hasta que el recurrente murió por efecto de las palizas y de las crisis de ansiedad provocadas por su abstinencia. Mientras el recluso sufría tales tratos, los funcionarios encargados de la prisión se dedicaron únicamente a preguntar al resto de los reclusos de su celda por el estado de salud del recurrente, sin comprobar ellos mismos como se encontraba.

El TEDH, tras recordar las obligaciones positivas que se derivan para los Estados parte del art. 2 CEDH, señalaba que las autoridades rumanas habrían vulnerado el derecho a al vida del recurrente tanto desde el punto de vista material como procedimental. Desde el punto de vista material, el TEDH recordaba que los Estados parte del CEDH tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para preservar la vida de las personas sujetas a su jurisdicción; obligación que resulta especialmente relevante en relación con personas que se encuentran en una relación de dependencia con el Estado, como los detenidos. En el caso presente, el TEDH señalaba que el Estado no habría cumplido su obligación, en la medida en que había recluido a una persona alcohólica y condenada solo a una multa económica con reclusos altamente peligrosos, sabiendo del riesgo que esto implicaba para su vida, y sin que las autoridades de la prisión realizaran un control continuado y serio de su estado de salud.

B) Prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH)

a) La inadecuación de los formularios o de los informes de los médicos forenses para el examen a los detenidos que alegan malos tratos puede constituir una violación de procedimiento del artículo 3 CEDH. El importante papel del Comité para la Prevención de la Tortura

El **Caso Beristain Ukar contra España, de 8 de marzo de 2011,** ofrece un magnífico ejemplo de colaboración informal, sin necesidad de un cauce procedimental específico, entre dos instituciones del Consejo de Europa, el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) y el TEDH. El Comité dio noticia de un problema de procedimiento e instó al Gobierno afectado a su resolución en varias ocasiones y al ser desoído en sus propuestas de modificaciones, finalmente recae ahora una sentencia de condena del TEDH. Puede no haber coincidencia entre estos dos hechos, pero parece muy verosímil pensar que ha habido una colaboración o diálogo informal entre las dos instituciones, los informes del CPT que suponen una suerte de función cognoscitiva e inspectora y la jurisprudencia del TEDH. El resultado es altamente garantista. Una herramienta poderosa que posee esta jurisdicción supranacional.

El TEDH recoge entre los antecedentes varias fuentes externas al sistema del Convenio, distintos informes del CPT con fechas de los años 2000, 2003 y 2007, en todos ellos se advierte al Gobierno español que los formularios utilizados por los médicos forenses son inadecuados, porque en el epígrafe en que se pregunta por la «salud actual» del detenido debería incluirse una pregunta sobre las alegaciones del detenido sobre malos tratos y en qué medida son coherentes, con el fin de poder luego investigar adecuadamente el incidente. Estas recomendaciones —y otras que no se enjuician ahora— no fueron jamás incorporadas a la Orden del Ministerio de Justicia de 16 de septiembre de 1997 que regula la materia.

Arrancando de este basamento, la Corte trae a colación que el derecho que nos ocupa incorpora unas obligaciones positivas de los Estados que incluyen la necesidad de efectuar una investigación oficial efectiva de las denuncias de tortura y malos tratos sin las cuales la garantía sería imposible y los agentes de los Estados gozarían de una práctica impunidad derivada de la ausencia de control. En este caso el Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional permaneció pasivo ante las denuncias del actor y se apoyó en todo en los informes de los médicos forenses, desechando las peticiones del actor de que les interrogara junto a los agentes de policía, pese a que se le descubrió una herida en la mandíbula de 1'5 cm cuyo origen no pudo ser establecido. Además algunos de estos informes no figuraban en las actuaciones aunque finalmente se aportaron por el Gobierno demandado. La Corte considera que esos informes médicos eran inadecuados y no respondían a las exigencias de la Orden del Ministerio de Justicia que los regula. Un protocolo que, de acuerdo con las recomendaciones de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, «en particular del CPT, aseguran la presencia de una mínima información» en el informe. La Audiencia Provincial de referencia no se pronunció sobre este alegato cuando así se le pidió por el actor.

En consecuencia, se estima que la investigación realizada no ha profundizado suficientemente en los hechos como para cubrir las exigencias prescritas por el artículo 3 CEDH a pesar de la gravedad de las sevicias denunciadas.

«La Corte insiste además en la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT para mejorar la calidad del examen médico legal de las personas detenidas en régimen

de incomunicación». Por todo ello se estima una violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procedimental si bien se rechaza que la hubiere en su vertiente o aspecto sustantivo.

b) Castigos penitenciarios y traslados frecuentes. Las condiciones de las zonas de castigo para reclusos han de reunir unas mínimas condiciones. Recurso efectivo: los recursos contra las sanciones disciplinarias penitenciarias han de poder ser revisados por la autoridad judicial de manera inmediata

En **Payet contra Francia, de 20 de enero de 2011,** el TEDH se enfrenta a un caso de tratos inhumanos derivados de las condiciones penitenciarias a las que el recurrente se ve sometido como castigo por sus continuas fugas de centros penitenciarios. Se trata de un conocido delincuente extraordinariamente peligroso que ha protagonizado diversas fugas (dos de ellas con éxito, una en grado de tentativa y la organización de la fuga de sus cómplices mientras estaba en prisión), entre ellas una muy famosa en helicóptero. Dada su peligrosidad y el permanente riesgo de fuga, las autoridades francesas le someten a continuos traslados de prisión (28 cambios en poco más de cinco años). Igualmente es sancionado en un ala de castigo después de una de sus fugas en unas condiciones extraordinariamente duras. El TEDH considera que los continuos traslados no son violación del artículo 3 por ser necesarios para asegurar que no se fugue. Sin embargo, las condiciones del ala de castigo son tan duras que contravienen la prohibición de tratos inhumanos. Igualmente se aprecia la lesión del artículo 13 porque el procedimiento previsto para recurrir las decisiones de internamiento en un ala de castigo no produce efectos suspensivos sobre la medida y dada su estructura (primero recurso administrativo y después recurso judicial) se resuelven cuando la medida disciplinaria ya ha sido totalmente ejecutada por lo que en ningún caso puede considerarse un recurso *efectivo* en el sentido del artículo 13.

c) Ausencia de obligaciones positivas en un procedimiento de tortura contra una profesora funcionaria pública

En el asunto **Ebcin contra Turquía, de 1 de febrero de 2011,** la demandante alega una violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes reconocida en el artículo 3 CEDH y una violación del artículo 8 CEDH, por una lesión contra su integridad física y psicológica. Los hechos de los que trae causa este asunto son el ataque en 1994, en plena calle, a la demandante, una profesora turca, mediante ácido en la cara, lo que le causó, además de las heridas en la cara, una baja durante año y medio, y tres años de terapia. La demandante denunció los hechos alegando que las autoridades no habían hecho nada para prevenir el ataque cuando, conforme al Informe de la Fundación Turca de Derechos Humanos, en el sureste de Turquía, donde ella residía, los maestros habían sido objetivo del PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistán). Por ello, presentó una demanda de indemnización, cuya resolución se encuentra pendiente en el Tribunal Administrativo. Aunque el Tribunal que resolvió el asunto no negó las cifras del Informe presentado por la demandante, consideró que al no presentar la demandante prueba alguna de actos de intimidación o amenazas contra ella; y al no demostrar que ella, más que otros, había sido objeto de una amenaza grave, previsible e individual, de la que las autoridades debieran haber conocido, las autoridades turcas no podían ser responsables.

Ante esto, la demandante se quejó de la duración de los procedimientos y denunció el hecho de que el Estado no había cumplido con su obligación de protegerla. El TEDH

entendió que si bien la demandante había ganado su caso en relación con la responsabilidad objetiva del Estado, la duración del procedimiento ante la Jurisdicción contencioso-administrativa era tal que no se podía decir que la justicia había prevalecido, pues trece años después el proceso seguía abierto y no se había abonado la indemnización a la demandante. Por todo ello, el TEDH concluyó que los procedimientos administrativos y penales no habían proporcionado una protección adecuada contra los actos graves de violencia, provocándose una violación de los artículos 3 y 8 CEDH.

C) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH)

a) Privación de libertad: medidas de seguridad posteriores a la condena penal; problema de encaje convencional

En este período el TEDH ha dictado cuatro sentencias relativas a las privaciones de libertad posteriores al cumplimiento de la condena como medidas de seguridad o de prevención previstas en el Código Penal alemán. Las sentencias que ahora se comentan suponen la consolidación de los criterios elaborados en M. contra Alemania de 17 de diciembre de 2009, criterios que suponen garantizar que este tipo de medidas de privación de libertad con una finalidad de prevención o seguridad sólo pueden ser decretadas por el juez que dicta la condena para ser aplicada una vez que ésta haya sido cumplida y, además, deben ser medidas limitadas en el tiempo.

En la caso **Haidn contra Alemania, de 13 de enero de 2011**, el demandante alegaba una vulneración del artículo 5.1 CEDH provocada por la aplicación de una medida de prevención con carácter retroactivo, dado que fue decretada por el juez de vigilancia penitenciaria una vez agotado el cumplimiento de la pena. Todo ello, en virtud de la Ley Bávara de internamiento para criminales peligrosos (2002), ley que fue posteriormente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal por, entre otras razones, invadir competencias Federales (2004).

En este supuesto el Tribunal, aplicando lo dicho en M. contra Alemania, concluía que la medida era contraria al artículo 5.1 CEDH puesto que una medida decretada de la forma descrita no tiene encaje posible en ninguno de los supuestos tasados de privación de libertad legítima previstos en el CEDH. Así, respecto del artículo 5.1.a) debe existir una relación de causalidad entre la privación de libertad y el pronunciamiento judicial. La medida impuesta por el juez de vigilancia no respondía a ninguna condena judicial, puesto que ésta ya había sido cumplida, sino a la persistencia del carácter peligroso del recluso tras la finalización de su pena. Tampoco era aplicable el artículo 5.1.c) pues está previsto para la prevención de delitos concretos que previsiblemente vayan a ser cometidos por sujetos concretos. Además, la finalidad de la detención es la pronta puesta a disposición judicial del sospechoso. No se trata, pues, de un instrumento de prevención general.

Tampoco era aplicable el artículo 5.1.e) pues el desorden mental que presente la persona afectada debe ser acreditado por un especialista, ser suficientemente grave como para exigir su confinamiento en un centro psiquiátrico, y supeditado a posterior revisión. En este supuesto, el recurrente fue valorado por dos especialistas pero con el objetivo marcado por el juez de ejecución de establecer si suponían un riesgo para la libertad sexual de terceras personas y no, en cambio, para determinar si sufría un grave trastorno mental que provo-

cara dichas conductas. De hecho, el demandante fue enviado a un centro de internamiento común, y no a un centro psiquiátrico.

El mismo día, el Tribunal de Estrasburgo dictó tres nuevas sentencias relativas a la aplicación y alcance de estas medidas de prevención y seguridad previstas, en este caso, en el Código Penal alemán; son las Sentencias en los casos **Kallweit, Mautes y Schummer contra Alemania, de 13 de enero de 2011.** En estas sentencias el problema de fondo era el carácter ilimitado de la medida de prevención impuesta. El juez que condenó a los recurrentes previó, además, que una vez cumplida la condena deberían respetar las medidas de prevención durante un máximo de 10 años, límite establecido en el Código Penal vigente en aquel momento. El problema surgió cuando, tras la eliminación en 1998 del carácter limitado de las medidas de prevención y seguridad, el juez de vigilancia penitenciaria aplicó la reforma a los demandantes, sometiéndoles a un régimen jurídico más desfavorable que el que les había sido impuesto en origen.

En fin, el Tribunal Europeo, al igual que hiciera en M., concluyó que superados los 10 años, la conexión entre la condena inicial y la privación de libertad preventiva pierde el nexo de casualidad exigido por el supuesto del artículo 5.1.a) CEDH y que, por tanto, devenía contraria a este precepto convencional. Igualmente, el TEDH concluyó que la extensión retroactiva de la medida de prevención supone una vulneración del artículo 7 CEDH (*nulla pena sine lege*) dado que a los demandantes ante Estrasburgo se les aplicó una medida más restrictiva de sus derechos, la medida de prevención ilimitada que, en el momento de ser condenados, no existía.

El pasado 4 de mayo de 2011, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) declaró inconstitucional el carácter ilimitado de las medidas preventivas y de seguridad introducido por la reforma del Código Penal de 1998, fundamentándose, en buena medida, en las SSTEDH M contra Alemania de 2009.

D) El derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

a) Derecho a la vida privada familiar. Incluye, prima facie*, el derecho a decidir cuándo y cómo morir pero los Estados gozan de un amplio margen de apreciación. Ausencia de obligaciones positivas estatales*

En el asunto, **Haas contra Suiza, de 20 de enero de 2011,** el recurrente sufre una enfermedad mental (desorden afectivo bipolar) habiendo intentado suicidarse en dos ocasiones. A su juicio, la enfermedad que lleva padeciendo durante más de 20 años le impide vivir de una manera digna por lo que intenta obtener una sustancia (pentobarbital sódico) que suministrado en suficiente cantidad le causaría la muerte con toda seguridad y con respeto a su dignidad. Sin embargo, en ausencia de prescripción médica las autoridades sanitarias suizas se niegan a facilitarle la citada sustancia por lo que el recurrente considera lesionado su derecho a la vida privada (artículo 8 CEDH) en cuanto entiende que las autoridades estatales tienen una obligación positiva (derivada del precepto recién citado) en virtud de la cual han de crear las condiciones necesarias para que el suicidio pueda desarrollarse de una manera segura y digna.

El TEDH acepta que el artículo 8 tutela el derecho a que un ciudadano decida cuándo y cómo morir siempre y cuando se encuentre en una posición en la que pueda formar

libremente una decisión como ésta y actuar en consecuencia (en línea con lo sostenido en términos de principio en Pretty contra el Reino Unido, de 29 de abril de 2002, en la que, sin embargo, se acabó considerando que la persecución penal de la asistencia al suicidio era conforme al artículo 8 por ser un límite legítimo, adecuado, necesario y proporcionado). Pero ésta no es la cuestión debatida, lo discutido es si el Estado debe suministrarle una sustancia para que pueda suicidarse de manera segura y digna. Al respecto, el TEDH destaca la gran heterogeneidad de regulaciones en la materia en los Estados miembros (aunque la mayoría confiere mayor valor al derecho a la vida que al derecho a acabar con la propia vida) por lo que no cabe encontrar un consenso mínimo europeo respecto al derecho a decidir el cuándo y el cómo de la propia muerte. Por ello los Estados tienen un amplio margen de apreciación para resolver estas cuestiones. Las restricciones en el acceso al pentobarbital sódico tienen como fin legítimo proteger a los ciudadanos del uso de una sustancia peligrosa para su salud. En el caso en concreto el fin legítimo es asegurarse de que quien solicita esta sustancia con la intención de suicidarse se encuentre en situación de decidir real y libremente acabar con la propia vida. La única cuestión por decidir es si efectivamente el recurrente tuvo la posibilidad de obtener la prescripción médica necesaria para conseguir la sustancia. Si no hubiera tenido tal posibilidad el derecho a elegir la propia muerte reconocido *prima facie* por el TEDH sería ilusorio e impracticable. Dado que resultaba evidente que sí había tenido esa posibilidad, el TEDH entiende que no ha existido lesión alguna al artículo CEDH.

b) Las secuelas en la salud y en los domicilios por la contaminación producida por minas de propiedad estatal suponen lesión del artículo 8. Especial obligación de los poderes públicos

En **Dubetska y otros contra Ucrania, de 10 de febrero de 2011,** los demandantes son 11 ciudadanos de Ucrania, residentes todos ellos en una misma localidad donde radican unas minas de carbón de propiedad estatal, que posteriormente fueron privatizadas. Varios estudios realizados por entidades gubernamentales y no gubernamentales, concluyeron que la actividad de dichas minas había tenido efectos ambientales adversos, hasta el punto de que los residentes en la zona estaban expuestos a un mayor riesgo de cáncer y enfermedades de las vías respiratorias y los riñones. Los demandantes reclamaron durante años a las autoridades los daños producidos. Tras años de negociaciones (desde 1994 hasta 2005) las autoridades nacionales determinaron que podría multarse a la mina, pero no proceder al reasentamiento de los residentes en otra zona fuera de peligro, es decir, se eximía de la obligación de proporcionarles una nueva vivienda.

El Tribunal considera que la actividad de las minas había contribuido a los problemas denunciados por los demandantes, esto es, al deterioro de su salud como consecuencia de la contaminación del agua, del aire y del suelo, así como los daños a sus domicilios como consecuencia del depósito de sustancias tóxicas en el terreno próximo a estas instalaciones. Además, el Tribunal critica que durante más de 12 años no se adoptara ninguna medida adecuada para solucionar esta situación, provocando de ese modo que los demandantes hayan tenido que estar viviendo de forma permanente en una zona contaminada no apta para viviendas, produciéndose por ello una violación del artículo 8 del Convenio por parte del Gobierno de Ucrania, que tenía la obligación de adoptar las medidas apropiadas para remediar la situación de los demandantes.

c) La atribución de la custodia de los hijos nacidos fuera del matrimonio a las madres vulnera el artículo 8 CEDH, en relación con el artículo 14 CEDH

En el asunto **Sporer contra Austria, de 3 de febrero de 2011,** el TEDH condena a Austria por vulneración del artículo 8 CEDH, en relación con el artículo 14 CEDH, en la medida en que la legislación del país no garantizaba idénticos derechos a los padres de hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio en lo que a la custodia de los hijos se refería. En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la custodia se atribuía directamente a la madre y solo era compartida con el padre en el caso de que existiera un acuerdo con la madre. En caso de separación de parejas no casadas, la custodia también se atribuiría a la madre en principio, atribuyéndose solo al padre en el caso de que la madre no garantizara el bienestar del menor. Sin embargo, en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, la custodia era compartida, inclusive en caso de separación o divorcio, a no ser que el interés superior del menor demandara la atribución de la custodia a uno solo de sus padres. En el caso de autos, el recurrente no había logrado la custodia compartida de su hijo habido fuera del matrimonio, en la medida en que la madre no estaba de acuerdo con el ejercicio conjunto de la misma y no suponía ningún peligro para el bienestar del menor. El TEDH analizaba el caso como una injerencia en el derecho a la vida familiar del padre, indicando que, a pesar de que tal injerencia estaba prevista en la legislación interna, el Estado no había proporcionado una justificación adecuada para una diferencia de trato que ponía al demandante en una situación claramente más desventajosa que a los padres de hijos nacidos dentro del matrimonio. Para el TEDH, el hecho de que la madre sea en la mayoría de los casos quien se hace cargo de los hijos nacido fuera del matrimonio no sería justificación suficiente para el trato discriminatorio de los padres, máxime si se tiene en cuenta la evolución que se está produciendo la sociedad europea en los que a los modelos de familia se refiere.

E) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH)

a) La publicación en las tarjetas de declaración de impuestos de las contribuciones a la Iglesia no lesiona el CEDH

En **Wasmuth contra Alemania, de 17 de febrero de 2011,** el demandante reclama a las autoridades alemanas sin éxito que en sus tarjetas y documentos de impuestos se excluyera una determinada entrada en la que se hace constar que el recurrente no deduce impuestos por contribuciones a la Iglesia. De acuerdo con la legislación alemana, en las tarjetas de información fiscal, hay un campo en el que se indica esta información de modo que el empleador conozca si ha de retener esa cantidad para la iglesia o no. En su caso figura esa entrada en blanco.

El recurrente no pudo conseguir que las autoridades locales le expidieran una tarjeta de salarios de impuestos sin ningún tipo de información relativa a su afiliación religiosa. Tampoco obtuvo respuesta positiva a su pretensión ante los tribunales nacionales.

El TEDH, de conformidad con su jurisprudencia reciente, considera que la obligación de informar a las autoridades de su no afiliación a iglesias o asociaciones religiosas autorizadas para recaudar impuestos religiosos constituía una injerencia en el derecho del recurrente a no declarar sus convicciones religiosas. Ahora bien, el Tribunal considera justificada esta injerencia, de acuerdo con la legislación alemana. En este sentido, el Tribunal afirma que la interferencia había servido para avanzar en el objetivo legítimo de garantizar el derecho de las iglesias y asociaciones religiosas de financiarse con un impuesto religioso.

Por lo que se refiere a la determinación de si la interferencia había sido proporcionada a ese objetivo, el Tribunal coincide con el Gobierno alemán en que la referencia que figura en la tarjeta de impuestos sólo tiene valor informativo limitado en cuanto a su convicción religiosa o filosófica, ya que simplemente se indica a las autoridades fiscales que el sujeto no pertenece a una de las seis iglesias o las sociedades religiosas que están autorizadas para recaudar este tipo de impuesto religioso. Además se resalta el hecho de que esta tarjeta de impuestos no es de uso público, y que no sirve a ningún otro propósito más allá de la relación entre el contribuyente y su empleador o las autoridades fiscales.

Por todo ello, el Tribunal concluyó que la obligación impuesta al recurrente, en las circunstancias de su caso, no es desproporcionada a los objetivos perseguidos, y, por tanto, no había habido violación del artículo 9. Un voto particular considera que los hechos suponen una lesión a la vertiente negativa de la libertad religiosa y alerta sobre el riesgo que puede suponer a la hora de encontrar un trabajo o de mantenerlo el poner en conocimiento del empleador esta información.

F) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

a) Injurias graves al Rey y libertad de expresión: las penas privativas de libertad por este delito sólo resultan admisibles en circunstancias muy excepcionales (artículo 10 CEDH)

El **Caso Otegui Mondragón contra España, de 15 de marzo de 2011,** suscita el problema de si el delito de injurias graves al Rey constituye un atentado injustificado a la libertad de expresión (artículo 10 CEDH). El actor, como es notorio, era en esos momentos portavoz del Grupo Parlamentario de *Sozialista Abertzaleak* en el Parlamento Vasco. Con motivo de una visita del Rey de España a Vizcaya en 2003 el demandante censuró la acogida oficial ya que —aseveró— el Rey era el jefe supremo de la guardia civil y de las fuerzas armadas, es decir, el responsable de las torturas y de la violencia en el País Vasco.

Dado su fuero como parlamentario, fue juzgado y absuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de un delito de injurias al Rey. La Sala de instancia valoró la relevancia de la crítica política en una sociedad democrática y relativizó el honor de las instituciones constitucionales respecto del ejercicio de la libertad de expresión en un contexto político y en boca de un parlamentario. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo revocó en 2005 esta sentencia en casación y condenó al actor como autor de un delito de injurias graves al Rey (artículo 490.3 del Código Penal) a la pena de un año de prisión y a la suspensión del derecho de sufragio pasivo; considerando las declaraciones ignominiosas constitutivas de un menosprecio a la dignidad del Jefe del Estado, y afirmando que el ejercicio de la libertad de expresión no puede ser contrario al principio de proporcionalidad. La sentencia albergó un voto disidente que recordó que las instituciones carecen del honor que se atribuye exclusivamente a las personas. Muy significativamente, el Tribunal Constitucional inadmitió por auto el recurso de amparo interpuesto en 2006 (antes de la reforma procesal de 2007) en el que se invocaba la libertad de expresión nada menos que por la falta manifiesta de contenido constitucional, puesto que —se decía— esa libertad no ampara expresiones infamantes y vejatorias y razonando que el Tribunal Supremo ya había ponderado los derechos en conflicto, a la par se decía que se había menospreciado la dignidad del Rey que no está abierta a cualesquiera críticas.

El TEDH recuerda primero los textos de referencia del Consejo de Europa en la materia. La Declaración sobre la libertad del discurso político del Comité de Ministros de 12 de febrero de 2004 que reconoce la libertad de crítica a las instituciones estatales, y afirma que las personalidades políticas no deben beneficiarse de una mayor protección de su reputación. La Resolución núm. 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria titulada «Hacia una despenalización de la difamación» que mira con inquietud las penas privativas de libertad en casos de difamación y sugiere su derogación para no degradar las libertades públicas, al tiempo que se insta a modificar las legislaciones que protegen de manera reforzada a las personalidades públicas.

Sobre este sólido basamento que integra un *common background,* el TEDH argumenta las razones por las que estima violada la libertad de expresión del artículo 10 CEDH. Se recuerda una consolidada jurisprudencia según la cual esta libertad es una condición primordial para el progreso de las sociedades democráticas que ampara incluso las afirmaciones molestas y chocantes. Y rechaza la necesidad de la medida, razonando que el apartado 2.º del artículo 10 no permite efectuar restricciones a dicha libertad en el dominio del discurso político y las cuestiones de interés general, dado que la libertad de expresión de un parlamentario reclama por estos motivos un control muy estricto y, por el contrario, la crítica admisible a un político es mucho más amplia que a un particular y reclama una mayor tolerancia. Aplicando estos principios el Tribunal pondera el contexto ya que se trata de un portavoz de un grupo parlamentario, ante un asunto de interés público en el País Vasco, y habida cuenta de que las afirmaciones se vierten en el contexto del cierre de un diario en lengua vasca y la detención de sus responsables. Estos ingredientes restringen el margen de apreciación nacional para valorar los hechos penalmente. A juicio del TEDH, la atribución al Rey de delitos de tortura constituían más juicios de valor que declaraciones de hechos que debieran probarse ya que debían inscribirse en un contexto político de debate público sobre el papel de las de seguridad y los malos tratos. Ciertamente el lenguaje fue una provocación y traspasó los límites, pero es razonable admitir, en el contexto de unas declaraciones orales en una rueda de prensa, unas ciertas dosis de exageración, pues en todo caso no se exhortó a la violencia o al discurso del odio.

Respecto de la adecuación al sistema del Convenio del artículo 490.3 del Código Penal que ofrece una protección reforzada al Jefe del Estado, se recuerdan los precedentes jurisprudenciales. El **Caso Colombani y otros** que llevó a la derogación de la análoga Ley francesa de 1881 que protegía a los Jefes de Estado y agentes diplomáticos extranjeros por conceder una protección exorbitante. En el **Caso Artun y Güvener**, la Corte afirmó que lo que había anunciado en el caso anterior valía con más razón cuando se trataba de proteger al propio Jefe de Estado; y, en el **Caso Pakdemirli,** se sostuvo lo mismo en lo que concierne al estatuto del Presidente de la República en materia civil en Turquía donde gozaba de una superprotección. Supuesto esto, el TEDH estima que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político al simbolizar la unidad el Estado no puede colocarle al abrigo de toda crítica política en el ejercicio de sus funciones oficiales, según razonó el propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la instancia. Además, los hechos litigiosos no se adentran en la vida privada del Rey ni constituyen un ataque a su honor personal sino que atienden a su responsabilidad institucional en las fuerzas del Estado. Por último, es preciso ponderar las penas infligidas, un año de prisión y la suspensión del sufragio pasivo lo que es muy grave para un hombre político.

El TEDH recuerda que ya ha establecido que una pena de prisión por una infracción cometida en un discurso político no es compatible con la libertad de expresión «más que en circunstancias excepcionales» en las que resulten gravemente afectados otros derechos como puede ocurrir con el discurso del odio o la incitación a la violencia. Una afirmación que se apoya en los textos señalados del Consejo de Europa.

En consecuencia, el TEDH no declara el tipo penal contrario al Convenio, pero restringe muy intensamente la posibilidad real de su aplicación. Una aproximación pragmática al problema muy típica de Estrasburgo.

En muy parecido sentido puede consultarse también **REINBOTH y otros c. Finlandia, de 25 de enero de 2011,** el TEDH vuelve a resolver un supuesto de colisión entre el derecho a la vida privada y la libertad de información, primando a la segunda sobre el primero. En el caso objeto de estudio, los recurrentes, periodistas de origen finés, fueron condenados penalmente al pago de una sanción económica elevada por la publicación de varios artículos en los que se recogían elementos de la vida privada de un político nacional, relacionado con uno de los candidatos presidenciales que competían en un proceso electoral en curso. Tras su condena, los recurrentes volvieron a publicar la información, junto a la sentencia condenatoria, y fueron de nuevo condenados por ello. El TEDH, tras recordar su jurisprudencia habitual en la materia, indicaba que la condena impuesta a los recurrentes por difamación no podía considerarse proporcionada, en la medida en que su artículo tenía un claro objetivo político, ya que se refería a una persona involucrada en las elecciones presidenciales del momento y contribuyó al debate sobre una cuestión de interés público; las personas públicas pueden sufrir mayores limitaciones en su vida privada que otros individuos; parte de los hechos publicados por los recurrentes estaban reflejados en una sentencia, cuyo contenido era público, y las sanciones impuestas fueron excesivas, no sólo por la cantidad económica a satisfacer, sino también por su carácter penal.

b) Una información legítima puede devenir contraria al Convenio debido al material adicional fotográfico que le acompaña. Protección cualificada del derecho a la imagen incluso de personas públicas. Proporcionalidad en las sanciones. Caso Naomi Cambell

Mgn Limited contra Reino Unido (Naomi Cambell), de 18 de enero de 2011, es una interesante sentencia desde muchos puntos de vista. Se trata de la publicación por el *Daily Mirror* de un titular de prensa acompañado de dos artículos sobre la adicción a las drogas de la conocida modelo. Los artículos venían acompañados de fotografías tomadas en secreto en la calle saliendo de un centro de rehabilitación de toxicómanos. Ante la carta enviada por el abogado de la afectada solicitando que el periódico se abstuviera de seguir tratando el tema por invadir el derecho a la intimidad de su representada, el periódico optó por publicar otros dos artículos tratando el tema de su adicción, acompañándolos de nuevas fotografías obtenidas en las mismas circunstancias y quejándose de que la modelo hubiera alegado una invasión a su intimidad. Los tribunales británicos (la *High Court* falló en su favor, la *Court of Appeal* a favor del diario y, finalmente, la *House of Lords* a favor de la modelo) acordaron una indemnización a la actriz por valor de un total de 3.500 libras por daños morales y el pago de las costas. Este segundo pago ascendió a 1.000.000 de libras esterlinas como consecuencia de una cláusula firmada por la actriz y sus abogados en concepto de «*succesion fee*» (algo así como tasa de éxito, una cantidad a recibir sólo en caso de ganar el pleito).

Es de destacar que en su trabajada sentencia la *House of Lords* demostró un conocimiento extraordinariamente elaborado de la jurisprudencia del TEDH vigente en ese momento. Pero que tal jurisprudencia no incluía (es posterior en unas semanas) el muy conocido caso «Carolina» (von Hannover contra Alemania). La *House of Lords* desarrolla un argumento que va a ser muy similar al que con posterioridad desarrolló el TEDH pues considera que si los artículos hubieran sido publicados sin apoyo en imágenes fotográficas habrían tenido suficiente interés público. Sin embargo, la acción conjunta de artículos más tales imágenes habría sido ofensiva y agobiante para ella lesionando de este modo su derecho a la vida privada. EL TEDH destaca el buen trabajo realizado por los tribunales británicos y en particular el conocimiento y aplicación de los criterios interpretativos utilizados por el TEDH en la configuración de la libertad de expresión. En particular coincide con la valoración realizada por la Cámara de los Lores respecto a lo limitado del interés público en juego y la importancia de la publicación de imágenes captadas secretamente (aunque en lugares públicos) acompañando a los artículos. Coincide, por fin, con el más alto tribunal británico en que de haberse publicado sólo los artículos habrían estado tutelados por la libertad de expresión, pero que acompañarlo de las imágenes resultaba una lesión desproporcionada del derecho a la intimidad de la afectada.

La segunda cuestión planteada se centra en la «*success fee*» de 1.000.000 de libras esterlinas que ordena pagar a la empresa editora del diario británico. La *success fee* es una figura británica que pretendía facilitar el acceso a la justicia de los litigantes con menos recursos. Básicamente consiste en la posibilidad de convenir entre abogado y cliente una cantidad a obtener por parte del primero en caso de que el pleito sea ganado. Cantidad que ha de ser satisfecha por la parte demandada. El TEDH examina el caso desde el punto de vista de la infinidad de críticas recibidas por esta figura (que es ocioso reproducir aquí) en el Reino Unido. En particular, el efecto que estaba teniendo en las demandas por violación del derecho a la intimidad. En efecto, en tales casos la «*success fee*» era habitualmente tan alta que superaba con creces la sanción impuesta a las empresas editoras de prensa. Ello había generado el efecto pernicioso de que las empresas prefirieran llegar a acuerdos económicos con los afectados antes de enfrentarse a un juicio que caso de perder implicaría un altísimo coste económico. De este modo, se apreciaba el efecto negativo para la libertad de expresión de renuncia a defenderla ante los tribunales pudiendo incluso generar efectos de autocensura. El TEDH recuerda que en el caso objeto de estudio la empresa editora del diario ganó el pleito en la segunda instancia y fue condenada por una mayoría de 2 a 5 en la cámara de los Lores. No se trataba, pues, de un caso de litigio temerario. Por otra parte, sólo las costas de los abogados de la demandante reconocidas en las dos apelaciones ascendían a 350.000 libras esterlinas. En virtud de todos estos argumentos considera que imponer una sanción adicional de 1.000.000 de libras por ganar el caso resulta desproporcionada y por ello lesiva de la libertad de expresión.

El caso resulta extraordinariamente importante desde la perspectiva de la definición de la libertad de expresión por el TEDH. Resulta un complemento muy interesante respecto a la doctrina sentada en el caso «Carolina» ya citado. Varios aspectos deben ser destacados desde la perspectiva del Derecho español. En primer lugar, es relevante que el TEDH con claridad rotunda (aunque ya apareciera implícitamente en su jurisprudencia anterior) declare que el conocimiento de la vida privada de personas públicas o la captación de su imagen para satisfacer sólo la curiosidad de determinado tipo de lectores no forma parte

del interés general y por ello debe realizarse una interpretación más restrictiva de la libertad de expresión en todos estos casos. En segundo término, es de resaltar que el TEDH acepte la opinión de los tribunales británicos cuando diferencian entre un núcleo legítimo de información (en el caso la adicción a las drogas de la modelo, especialmente porque en declaraciones previas había afirmado que no consumía drogas) y el llamado material «adicional» compuesto sobre todo por fotografías captadas en la calle, de modo que tales imágenes puedan considerarse lesivas del derecho a la intimidad aunque sólo ilustren o acompañen a la noticia legítimamente difundida, contaminando, de este modo, toda la información. En tercer lugar, y siguiendo claramente la estela del asunto «Carolina», de nuevo con una rotundidad poco habitual, el TEDH declara el carácter cualificado de la protección de la imagen, especialmente en aquellos contextos en los que las personas públicas son acosadas o perseguidas por fotógrafos.

En conclusión, el caso Naomi Cambell es posiblemente una fuerte consolidación de la doctrina sentada en «von Hannover» cuya finalidad es poner coto a los excesos de cierta prensa. Curiosamente una consolidación apoyada en la jurisprudencia estatal anterior incluso a la propia «von Hannover». De este modo puede afirmarse que la colaboración entre instancias nacionales y supranacionales de protección jurisdiccional de derechos continúa, pues, siendo muy fructífera en Europa. Es de esperar que esta doctrina tenga reflejo, tarde o temprano, en la jurisprudencia española, aunque, como puede apreciarse más adelante en esta misma crónica, estemos aún lejos de un criterio claro en estas cuestiones.

c) Cesión de espacios públicos para campañas que pueden resultar contrarias al orden y la moral públicos

La Sentencia **Mouvement Raëlien suisse contra Suiza, de 13 de enero de 2011,** de la que se ha solicitado el reexamen en Gran Sala, resulta interesante porque, como el mismo Tribunal señala, es la primera vez que examina si las autoridades estatales pueden rechazar la cesión de espacio público para difundir determinadas ideas. Concretamente, la asociación demandante, que defiende el contacto y las buenas relaciones con los extraterrestres, solicitó un espacio para colgar una serie de carteles promocionales de su actividad. La administración les negó el espacio no por el contenido concreto de los carteles, sino en base a otras informaciones que indicaban que la asociación defendía actuaciones contrarias al orden público y a la moral. En las instancias ante las que recurrió la asociación se puso de manifiesto que esta entidad defendía la geniocracia y la clonación humana y que consideraba beneficioso las relaciones sexuales con menores.

En su decisión, el TEDH parte de que efectivamente se ha producido una injerencia en el derecho de la asociación a difundir sus ideas a través de una determinada campaña con carteles. A partir de esta premisa, el TEDH aplica los criterios ya clásicos para determinar si dicha injerencia es legítima: a) existencia de cobertura legal, b) persecución de una finalidad legítima y c) necesidad en una sociedad democrática. El Tribunal afirma, como punto de partida, que comparte con las autoridades suizas que la cesión de espacios públicos para la realización de la campaña puede crear el equívoco de que los poderes públicos comparten las opiniones expuestas. El Tribunal considera que las autoridades administrativas y judiciales internas han motivado sobradamente su rechazo a la campaña de carteles en un espacio público. Así, si bien es cierto que todas reconocen que la información objeto de publicidad en el cartel no presenta mayores problemas, todas señalan que en el mismo cartel

están el teléfono y la página web de la asociación, lo que supone poner al alcance del público en general, y de los menores en particular, una dirección de Internet en la que se ofrece información sobre la clonación humana, en que se hacen referencias positivas a las prácticas sexuales con menores y en las que se propugna el poder de los más inteligentes; por lo demás, estas actividades son consideradas como contrarias al orden y moral públicos.

Por último, el Tribunal considera que la medida adoptada es proporcionada en tanto que no impide a la asociación seguir existiendo o ejerciendo su actividad, por lo que no se trata de una medida que limite excesivamente el ejercicio de la libertad de expresión de la asociación.

G) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)

a) No es discriminatoria la fijación de distintas edades entre hombres y mujeres para la obtención de una pensión

En **Andrle contra República Checa, de 17 de febrero de 2011,** el demandante, Agustín Andrle, nacional checo, acude al TEDH invocando la presunta vulneración del artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación), al entender que había sufrido discriminación por razón de sexo. El Sr. Andrle solicitó a las autoridades checas la concesión de una pensión de jubilación, pero su petición fue desestimada, ya que no cumplía los requisitos mínimos de edad para poder ser beneficiario de una pensión. Lo curioso de este caso es que la legislación checa establece requisitos de edad distintos para hombres y mujeres, especialmente cuando éstas se han dedicado al cuidado de los hijos. El recurrente considera que, teniendo en cuenta que él tenía la custodia de sus hijos y que él se había ocupado de su cuidado, debería aplicársele el límite de edad fijado en la ley para las mujeres que habían estado al cuidado de los hijos, pues de lo contrario se le estaría negando una pensión que una mujer a su edad habría sido capaz de recibir.

El TEDH consideró que el hecho de que se rebaje la edad por la que una mujer pueda tener derecho a pensión de acuerdo con la legislación checa (de 1964), se basa en circunstancias históricas específicas y refleja la realidad de la entonces Checoslovaquia socialista. Esta medida perseguía un objetivo legítimo, ya que fue diseñada para compensar la desigualdad y las dificultades a las que tenían que enfrentarse las mujeres en el marco de un modelo de familia consolidado en ese tiempo (y que persiste hoy en día) en el que las mujeres trabajan a tiempo completo y además se ocupan del cuidado de los hijos y de las tareas domésticas. No obstante, el Tribunal matiza que la percepción de los roles de los sexos ha ido evolucionando y reconoce que el Gobierno checo está modificando progresivamente su sistema de pensiones para reflejar los cambios sociales y demográficos, aunque ese cambio exige que se lleve a cabo de manera gradual. En este sentido, el Tribunal considera que el gobierno checo no puede ser criticado por no haber adaptado todavía su sistema de pensiones o, en este caso concreto, la edad de jubilación, ya que la tarea de reforma es una tarea exigente, en la que hay que tener en cuenta muchos otros aspectos, como el envejecimiento de la población o la migración, por lo que concluye que las autoridades nacionales son las que mejor pueden determinar un tema tan complejo que guarda íntima relación con las políticas económicas y sociales, y que depende de múltiples variables internas y del conocimiento directo de la sociedad de que se trata.

Por lo tanto, el Tribunal concluye que no se ha producido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1, al considerar que el planteamiento de la República Checa en relación con su régimen de pensiones es razonable, está objetivamente justificado y seguirá estándolo hasta el momento en que el cambio social y económico en el país elimine la necesidad de un tratamiento especial para las mujeres.

H) Derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo 1)

a) Derecho de los padres a elegir una educación para sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas y filosóficas: los crucifijos en las aulas no interfieren en el ejercicio del derecho

La STEDH, **Lautsi y otros contra Italia, de 18 de marzo de 2011,** revisa la sentencia de la Sala en el mismo asunto, de 3 de noviembre de 2009, solicitado por el Gobierno Italiano (artículo 43 CEDH). Como es bien conocido, en dicha sentencia declaró contraria al artículo 2 del Protocolo núm. 1 al CEDH la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos italianos. La trascendencia del fallo de la Gran Sala ya se ponía de manifiesto durante el procedimiento contradictorio en el que además de las partes en el proceso, intervinieron numerosos asociaciones y organizaciones no gubernamentales, defensoras y detractoras de los símbolos religiosos en las aulas, así como una decena de Estados, todos ellos favorables al mantenimiento de la simbología religiosa en los colegios.

En esta nueva sentencia, los jueces europeos, tras un argumentación bastante escueta y poco profunda, concluyen que el Estado italiano había actuado dentro de los límites del margen de apreciación reconocido a los Estados para el cumplimiento de la obligación de respetar, en el ejercicio de las funciones que asume en relación a la educación y la enseñanza, el derecho de los padres a asegurar esta educación y la enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. Para llegar a esta conclusión el Tribunal europeo, en primer lugar, sitúa el estudio del caso al amparo del artículo 2 del Protocolo núm. 1 al CEDH, aunque interpretado de conformidad con el artículo 9 CEDH que garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, incluyendo la libertad de no pertenecer a una religión, y que impone a los Estados contratantes un «deber de neutralidad e imparcialidad», cuyo contenido, por cierto, el Tribunal da por supuesto. Si bien, el TEDH parte del hecho de que los crucifijos son efectivamente un símbolo religioso, arguye que su sola presencia en el aula no tiene por qué influir en los jóvenes que están todavía construyendo sus propias convicciones. En cualquier caso, ante la falta de consenso europeo al respecto, la conveniencia de mantener los crucifijos en las aulas entra dentro del margen de apreciación de cada Estado a la hora de ejercer sus funciones en el ámbito de la enseñanza, con el único límite de que las decisiones de las autoridades nacionales no conduzcan al adoctrinamiento de los escolares.

Por otra parte, la circunstancia de que, como el Tribunal reconoce, la presencia de crucifijos en las aulas de Estado de la escuela suponga otorgar una visibilidad preponderante a una determinada religión en el entorno escolar, no puede ser, en cambio, considerada como adoctrinamiento, ya que no ha quedado demostrado que la exhibición de un símbolo religioso en las paredes del aula pueda tener una influencia sobre los alumnos, criterio contrario, por cierto, al mantenido por la Sala en su Sentencia de 2009. De hecho, la Gran Sala describe el crucifijo en la pared como un símbolo esencialmente pasivo, lo que es especialmente importante desde la perspectiva del principio de neutralidad (sí lo es, en

cambio, que una profesora lleve el velo islámico, STEDH, Dahlab contra Suiza, de 15 de febrero de 2001).

Por último, volviendo a la mayor visibilidad de la religión preponderante, este hecho no debe confundirse con que se obligue a los estudiantes a cursar asignaturas sobre Cristiandad, ni que las escuelas rechacen otros símbolos religiosos o excluyan la enseñanza de otros credos. Tampoco se han demostrado actitudes intolerantes hacia niños que profesen otras o ninguna religión. Asimismo, la familia Lautsi no ha demostrado que se produjeran prácticas de proselitismo religioso en las aulas. En definitiva, según concluye el Tribunal, el padre y la madre Lautsi no vieron afectado su derecho a educar a sus hijos en sus propias convicciones.

I) Derecho a la participación en elecciones libres (artículo 3 del Protocolo 1)

a) Derecho al sufragio y a elecciones libres: no ampara las elecciones (directas) a la presidencia del Gobierno: además, las restricciones temporalmente ilimitadas a elecciones parlamentarias no son proporcionadas

La STEDH, **Paksas contra Lituania, de 6 de enero de 2011** (Gran Sala), trae causa del procedimiento de *impeachment* al que fue sometido el ex Presidente de Lituania, Sr. R. Paksas tras ser conocidas sus presuntas relaciones con personas del entorno de la mafia rusa. Dicho procedimiento finalizó con el cese del Presidente y con la prohibición de por vida de poder presentarse tanto a unas nuevas elecciones presidenciales como legislativas. El Sr. Paksas acudió al TEDH alegando, entre otros, la vulneración del artículo 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH: el derecho a votar y a ser elegido en unas elecciones parlamentarias. Siguiendo su propia jurisprudencia en la materia, el Tribunal Europeo inadmitió la parte de la demanda dirigida contra la imposibilidad de volver a ser nombrado Presidente por no estar este derecho amparado por el sistema europeo.

En cuanto a la imposibilidad de poder presentar su candidatura a las elecciones legislativas, el TEDH recordó los principios generales aplicables a este derecho, entre los que destacó el margen de apreciación con el que cuentan los Estados en la regulación de estos derechos. En aplicación de este margen de apreciación los Estados podrán imponer las limitaciones que consideren oportunas siempre y cuando se respete su contenido esencial y su efectividad, las medidas estén previstas en una ley, persigan una finalidad legítima y los medios adoptados no sean desproporcionados. Concretamente, el TEDH afirma que las limitaciones no podrán frustrar «la libre expresión de la expresión del pueblo en la lección del Parlamento». Tras analizar las concretas circunstancias del caso, el Tribunal se centra en la proporcionalidad de las limitaciones al derecho de sufragio pasivo impuestas al demandante. Aunque el Tribunal de Estrasburgo reconoce que el legislador es libre de establecer restricciones a los derechos de participación de aquellos que hayan cometido actos contrarios a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico durante el ejercicio de cargos o puestos públicos, considera que el carácter ilimitado de la medida, es decir, el hecho de que se impida al demandante (o cualquier otra persona afectada por esta normativa) volverse a presentar a unas elecciones de por vida, la convierte en desproporcionada. En efecto, el carácter permanente e irreversible de la medida genera un perjuicio desproporcionado sobre la finalidad primera de los derechos reconocidos en el artículo 3 del Protocolo núm. 1 en tanto que establece una limitación excesiva a la libre expresión de la voluntad popular.

J) Libertad de circulación (artículo 2 del Protocolo 4)

a) Vulneración de la libertad de circulación por negar la expedición de un pasaporte a militar retirado conocedor de secretos de Estado

En **Soltysyak contra Rusia, de 10 de febrero de 2011,** el demandante es un ciudadano ruso, que perteneció al ejército y que durante su carrera tuvo acceso a información clasificada como de «alto secreto». Tras su jubilación, solicitó un pasaporte con el fin de viajar al extranjero, pero las autoridades se lo deniegan, ya que, de acuerdo con la legislación nacional, toda persona que haya tenido conocimiento de secretos de Estado tiene restringido su derecho a viajar durante un período de cinco años. Por estos motivos, el recurrente acude al TEDH alegando la vulneración del artículo 2 del Protocolo 4 (libertad de movimientos), al no poder viajar al extranjero.

El Tribunal señaló que se había producido una clara injerencia en su derecho a la libertad de movimientos (de circulación), a pesar de que esta injerencia se base en una ley nacional. En este sentido, el Tribunal afirmó que el Gobierno ruso no había demostrado que la restricción para viajar al extranjero pudiera servir a los intereses de seguridad nacional. Así, reiteró que la información confidencial que el recurrente pudiera tener en su poder podría ser transmitida en una variedad de formas que no requieren su presencia en el extranjero o incluso el contacto físico directo con él. Además, el Tribunal recuerda que el artículo 2 del Protocolo núm. 4, no distingue entre civiles y miembros de las fuerzas armadas, garantizando a todos la libertad de salir del propio país. Por ello, concluye que la prohibición de viajar al extranjero del recurrente no había sido proporcionada a la finalidad de proteger la seguridad nacional y por lo tanto no había sido «necesaria en una sociedad democrática», produciéndose, por tanto, una violación del artículo 2 del Protocolo núm. 4.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (DERECHOS)

A) Igualdad de trato entre hombre y mujer: diferencia de trato en las primas de seguro. Artículos 21 y 23 CDFUE

En la Sentencia del Tribunal de Justicia, **Asunto Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL (c- 239/09), de 1 de marzo de 2011,** la Corte Constitucional belga pregunta al Tribunal de Justicia si el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, no contradice el artículo 6 TUE. Conforme al citado artículo 5.2 de la Directiva, los Estados podrían permitir una diferencia en las primas de seguro en función del sexo, en los casos en que éste supusiera un factor determinante de la evaluación del riesgo conforme a datos pertinentes y exactos. Si los Estados se acogen a esta disposición, han de actualizar dichos datos y reexaminar su decisión como máximo cinco años después del 21 de diciembre de 2007. Estos informes serán comunicados a la Comisión.

El Tribunal de Justicia considera que existe el riesgo de que se perpetúe la diferencia de trato en las primas entre situaciones comparables, y esta posibilidad supone una contradicción con los artículos 21 y 23 CDFUE. Por eso declara nulo e inválido a partir del 21 de diciembre de 2012, fecha en la que concluye el período transitorio que implícitamente fija el propio artículo 5.2 de la Directiva.

B) Estatuto de ciudadano de la Unión. Prohibición de discriminación por nacionalidad para la protección de los derechos del menor. Artículos 20 TUE y 21 y 24 CDFUE

En la Sentencia del Tribunal de Justicia, **Asunto Ruiz Zambrano (c- 34/09), de 8 de marzo de 2011,** el recurrente, de origen colombiano, llegó a Bélgica en 1999 con su esposa e hijo, y solicitaron asilo. Aunque las autoridades belgas denegaron sus solicitudes permanecieron en el país. Posteriormente los señores Zambrano tuvieron dos hijos de nacionalidad belga, ya que la legislación colombiana no concede la nacionalidad a los nacidos fuera del territorio colombiano si sus progenitores no realizan los trámites pertinentes al respecto. Aunque los señores Zambrano intentaron regularizar su situación después del nacimiento de su segundo y de su tercer hijo sus solicitudes fueron desestimadas. Al quedarse sin empleo en octubre de 2005 solicitó una prestación de desempleo pero fue rechazada. Asimismo, en 2006, se llevó a cabo una inspección en la empresa en la que trabajaba y tuvo que abandonar el puesto sin derecho a indemnización.

El Tribunal de Justicia no hace referencia alguna a la CDFUE y aplica el artículo 20 TFUE que concede el estatuto de ciudadano de la UE a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. En el caso de un menor, si no se reconoce el derecho de residencia y se exime de la necesidad de permiso de trabajo a sus progenitores, en la medida en que sean responsables de su manutención, dicho menor podrá verse obligado a abandonar el territorio de la Unión y sería privado de los derechos vinculados a su estatuto como ciudadano de la Unión. Ésta es la interpretación adecuada del artículo 20 TFUE. Si bien cabe compartir la conclusión de la sentencia, el Tribunal de Justicia debería haber aprovechado la ocasión para aplicar la CDFUE, muy en especial en lo relativo a los derechos de los menores.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14 CE)

a) Igualdad en el sufragio: el legislador electoral debe compatibilizar dicho principio con las exigencias de proporcionalidad y representación adecuada del territorio

La **STC 19/2011, de 3 de marzo,** resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la reforma de la Ley electoral de Castilla-La Mancha operada por la Ley 12/2007 en el que, entre otros motivos, se critica que al incrementar en dos escaños el tamaño de la Cámara autonómica y asignarlos a Toledo y Guadalajara se ha vulnerado el principio de igualdad en el sufragio. Este principio significa que todos los votos contribuyan, de forma semejante, a la asignación de escaños, de modo que la acción del legislador debería venir orientada a disminuir las diferencias en la *ratio* diputado/habitante entre las circunscripciones.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso al considerar que, si bien el sistema electoral de Castilla-La Mancha favorece la representación en las provincias menos pobladas, esto no supone una discriminación inconstitucional, pues, en primer lugar, está provista de una justificación objetiva y razonable, dado que el legislador autonómico ha querido otorgar a dichas circunscripciones menos pobladas una presencia suficiente y adecuada en las Cortes en aplicación de los objetivos de representación del territorio y de proporcionali-

dad que exigen tanto el artículo 152.1 CE como el artículo 10.2 del Estatuto de Autonomía castellano-manchego. En segundo lugar, la decisión del legislador ha reducido significativamente la diferencia en la *ratio* diputado/habitantes entre la circunscripción más representada y la más infrarrepresentada, produciéndose una desviación que no resulta significativa, ya que resulta inferior a la que se produce en otros sistemas electorales españoles.

b) Prohibición de discriminación por circunstancias familiares: las disposiciones que afecten a la conciliación profesional y familiar deben ponderarse desde la perspectiva del mandato constitucional de protección a la familia

En la **STC 26/2011, de 14 de marzo,** Sala Primera, el Tribunal Constitucional utiliza por primera vez como categoría discriminatoria las «circunstancias familiares». Considera que cuando los jueces tengan que aplicar una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar deben considerar el derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (artículo 14 CE) desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), desde la óptica de la «responsabilidad parental». Por esta razón prospera este recurso de amparo. Ante la pretensión del trabajador recurrente de desempeñar su jornada laboral en el turno de noche, deberían haberse valorado sus concretas circunstancias personales y familiares (dos hijos de corta edad a cargo y la situación laboral de su cónyuge), así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión constituía o no un obstáculo injustificado para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares.

Esta sentencia cuenta con un Voto Particular, que manifiesta su desacuerdo con la aplicación de esta nueva categoría discriminatoria, pues considera que para determinarla hubiera hecho falta una diferenciación histórica muy arraigada que hubiera colocado a determinados sectores de la población en una situación contraria a la dignidad de la persona, lo que no parece que ocurra en el presente caso, sino que más bien —continúa— sería un caso de discriminación indirecta de la mujer, dado que al no atender la pretensión del demandante se perpetúa el prejuicio de que es la mujer la que debe estar a cargo del cuidado de los niños menores de edad. También discrepa con la inexistencia de la ponderación en los órganos judiciales —se valoró tanto que no existía un turno con horario nocturno, lo que imposibilitaba su adjudicación, como que existía una jornada laboral que coincidía con el horario escolar, lo que hubiera facilitado la conciliación laboral— y considera que el sector mayoritario ha incurrido en «algo cercano al activismo judicial».

B) Secreto de las comunicaciones (artículo 18.2 CE)

a) Derecho al secreto de las comunicaciones (artículos 18.2 y 25.3 CE): En las cartas cerradas que los internos dirigen al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, la obligación de comunicar el asunto de que tratan a la Administración Penitenciaria vulnera ese derecho

La **STC 15/2011, de 28 de febrero,** estima el recurso de amparo interpuesto por un interno contra la actuación del Centro Penitenciario La Moraleja que, en aplicación de una nota

informativa dictada por el Director, condicionaba el envío de comunicaciones escritas en sobre cerrado dirigidas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a que el demandante hiciera constar en la instancia adjunta el asunto de que trataba la carta.

El Tribunal comienza recordando su doctrina sentada en la STC 106/2001, según la cual, el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar el interno en un establecimiento penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE, sino también en el artículo 25.2 CE, que en su segundo inciso establece que «el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». El Tribunal pone de manifiesto que en este caso ni el contenido del fallo condenatorio ni el sentido de la pena han servido de base para la limitación del derecho del recurrente al secreto de las comunicaciones. Y por ello analiza la legislación penitenciaria aplicable al caso para concluir que tampoco ésta habilita a la Administración Penitenciaria a imponer la mencionada restricción al derecho al secreto de las comunicaciones del demandante.

C) Derecho a ejercer cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE)

a) El derecho a votar en las Comisiones informativas del Pleno Municipal forma parte del núcleo de la función representativa de los Concejales y, por tanto, su restricción supone vulneración de este derecho

La **STC 20/2011, de 14 de marzo,** estima el recurso de amparo presentado por dos Concejales del Ayuntamiento de Majadahonda a quienes se convocó a la sesión ordinaria de la Comisión Informativa de Asuntos Económicos en calidad de concejales no adscritos, con voz pero sin voto, siguiendo instrucciones previamente impartidas por el Secretario General del Ayuntamiento. Los recurrentes habían sido expulsados del grupo político al que pertenecían.

El Tribunal reitera su jurisprudencia sentada en la STC 169/2009 y considera que la facultad de votar en las comisiones informativas (a diferencia de otras facultades que también se limitaron a estos concejales «tránsfugas» como la posibilidad de constituirse en grupo mixto) afecta al núcleo de la función representativa. Afirma el Tribunal que, a la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en el seno de estas comisiones en orden al ejercicio de la función de control así como para la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas e incide por ello en el núcleo de la función representativa. Por ello considera que hubo lesión del derecho a ejercer los cargos públicos representativos del artículo 23.2 CE. Ahora bien, matiza el Tribunal, de lo anterior no se deriva que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la Corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación.

b) Las facultades de formular preguntas parlamentarias y de presentar proposiciones no de ley forman parte del núcleo de la función representativa y su limitación o restricción requieren motivación suficiente

Las **SSTC 27/2011 y 29/2011, de 14 de marzo,** estimaron los recursos de amparo interpuestos contra sendas resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas.

En el caso de la STC 27/2011 se habían inadmitido a trámite varias preguntas parlamentarias con respuesta escrita planteadas al amparo del artículo 157 del Reglamento de las Cortes Valencianas. La razón alegada para la inadmisión fue que las iniciativas rechazadas hacían referencia a persona física o jurídica que carecía de trascendencia pública dentro de la Comunidad Valenciana.

Comienza recordando el Tribunal su doctrina sentada en la STC 44/2010, según la cual, la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria y, por tanto, la inadmisión a trámite de estas preguntas, como limitación del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE, ha de estar suficientemente motivada (SSTC 38/1999 y 74/2009). En opinión del Tribunal, la cuestión radica en determinar si, al ejercer sus funciones, la Mesa de la Cámara ha motivado adecuada y suficientemente sus resoluciones, habida cuenta de que éstas pueden haber afectado a un derecho fundamental.

En los casos concretos objeto de la Sentencia, resulta que las preguntas, a las que se achaca que versan sobre persona jurídica sin trascendencia pública en la Comunidad Autónoma, se refieren a distintos supuestos en los que se inquiere sobre la intervención del *Conseller* de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda o del propio *Consell*, en materia de su competencia, en relación con casos que afectan a distintas empresas.

A la vista de este hecho, el Tribunal afirma que no se puede concluir la manifiesta ausencia de trascendencia pública de las personas jurídicas citadas en las distintas preguntas, toda vez que en relación con las mismas existen determinadas actuaciones administrativas de distinta naturaleza. Ello hace que en todos los casos el tenor de las preguntas formuladas y la condición de su destinatario permiten situarlas, en principio, en el ámbito del control parlamentario. Esto es, el Tribunal no acepta sin más la motivación de la Mesa de las Cortes Valencianas, sino que la analiza y la encuentra insuficiente para justificar la inadmisión de las preguntas formuladas, por lo que ello supone limitación de un derecho fundamental. Así, afirma literalmente: «la motivación incorporada a las resoluciones parlamentarias controvertidas no permite conocer las razones que han llevado a la Mesa a concluir la manifiesta falta de trascendencia pública de las empresas mencionadas en las mismas». La consecuencia no puede ser otra que la estimación del amparo por vulneración del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE.

Por otra parte, la **STC 29/2011** estima el recurso de amparo presentado por una síndica del Grupo Parlamentario Compromís contra varias Resoluciones de las Cortes Valencianas que habían inadmitido a trámite dos proposiciones no de ley y una pregunta parlamentaria presentadas por la recurrente.

El Tribunal analiza, en primer lugar, la inadmisión a trámite de las proposiciones no de ley, que pretendían la reprobación parlamentaria de los Presidentes de las Diputaciones de Alicante y Valencia. En aplicación del artículo 161.2 del Reglamento de las Cortes Valencianas, la Mesa solicitó el acuerdo de la Junta de Síndics antes de acordar la admi-

sión a trámite de las proposiciones. Este acuerdo fue denegado y la Mesa de las Cortes se limitó a comunicar a la recurrente que la Junta de Síndics se oponía a la tramitación de las referidas iniciativas. Igualmente, la Mesa desestimó el recurso de reposición presentado por la demandante de amparo contra esta comunicación. El Tribunal recuerda su doctrina precedente sobre la naturaleza de las proposiciones no de ley, señalando que se configuran como un medio de impulso político y control del Gobierno y, por ello, la facultad de presentar tales instrumentos se encuentra integrada en el estatus de los representantes políticos (SSTC 40/2003, 78/2006 y 44/2010, entre otras).

Señala, asimismo, el Tribunal que, en ocasiones anteriores, iniciativas similares a las que motivan esta demanda presentadas por otros grupos parlamentarios sí fueron admitidas a trámite, sin que conste razón alguna que justifique tal disparidad de criterio. Y, puesto que el artículo 23.2 CE reconoce el derecho de participación política «en condiciones de igualdad», la restricción de cualquiera de las facultades que conforman este derecho requiere una motivación suficiente. En este caso, la ausencia de motivación conduce a considerar vulnerado el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE.

En segundo lugar, el Tribunal examina la inadmisión a trámite de la pregunta parlamentaria formulada por la recurrente en amparo. Igual que en la Sentencia 27/2011 comentada anteriormente, las razones aducidas por la Mesa de las Cortes para oponerse a la tramitación se sustentaban en el artículo 153.2 del Reglamento de las Cortes Valencianas, al entender que la pregunta formulada se refiere a persona jurídica que no tiene trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

En este caso, la pregunta parlamentaria planteada por la recurrente versaba sobre las empresas que manipulan productos tóxicos en el municipio de Mislata (Valencia). De este contenido deriva el Tribunal Constitucional dos consecuencias: 1) Que la alusión a las empresas lo es en función de la actividad que desarrollan y que, precisamente, dicha actividad sí tiene trascendencia pública en la Comunidad Valenciana y 2) que la pregunta, en razón de tal contenido y de su destinatario, tiene encaje en la función de control parlamentario que forma parte del *ius in officium* de los representantes de los ciudadanos, por cuanto a la Administración Pública autonómica le corresponden facultades de control de la actividad empresarial con productos tóxicos.

El Tribunal considera que la inadmisión a trámite de la pregunta en cuestión sí estaba formalmente motivada pero que, teniendo en cuenta que suponía una restricción del derecho fundamental a ejercer los cargos públicos de carácter representativo (artículo 23.2 CE), esta motivación era insuficiente, ya que el razonamiento incorporado a las resoluciones parlamentarias controvertidas no permitían conocer las razones que habían llevado a la Mesa a concluir la manifiesta falta de trascendencia pública de las empresas.

Por todo ello, concluye que también la inadmisión a trámite de la pregunta parlamentaria formulada por la recurrente produjo una vulneración de su derecho a ejercer los cargos públicos de carácter representativo reconocido en el artículo 23.2 CE.

En las dos sentencias comentadas (27/2011 y 29/2011) el Tribunal se refiere expresamente al alcance del fallo. A diferencia de lo sucedido en ocasiones anteriores, en que la adopción de los acuerdos impugnados tuvo lugar en una legislatura ya finalizada al dictarse la Sentencia, por lo que no cabía adoptar en el fallo una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado, en este caso las resoluciones impugnadas han sido adop-

tadas en una legislatura aún no concluida, lo que permite un pronunciamiento destinado a conseguir el pleno restablecimiento del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

a) Motivación insuficiente de resoluciones judiciales por no explicar por qué se considera una relación administrativa y contractual como presupuesto de la aplicación de un determinado plazo de prescripción y no de otro

STC 3/2011, de 14 de febrero, Sala Segunda. Por un lado, el Tribunal Constitucional señala un evidente error de apreciación jurídica respecto del recurso de aclaración o rectificación, al exigir su interposición previa a la nulidad de actuaciones (por todas, STC 47/2009, de 23 de febrero, FJ 2, sobre su innecesariedad). Por otra parte, el Tribunal Constitucional estima que las resoluciones judiciales recurridas vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por cuanto que aplicaron categóricamente el plazo de 1 año de prescripción por considerar que la relación jurídica controvertida era administrativa y contractual, diciendo que «tiene razón la parte demandada», pero sin explicar las razones por las que consideraban que tenía esa naturaleza y régimen jurídico, frente a lo que sostenía el ahora recurrente, que consideraba que era una relación administrativa por culpa contractual, con plazo de prescripción de 15 años. De este modo, las resoluciones omitieron cualquier razonamiento jurídico sobre los presupuestos o premisas jurídicas de la decisión de estimación de la excepción, privando así al recurrente y a las instancias judiciales revisoras de conocer las razones jurídicas concretas que conducen a la adopción de la decisión, e impidiendo el control sobre que dichas razones sean conformes a Derecho y racionales y razonables, y no una simple «declaración de voluntad» del Tribunal. Subraya el Tribunal Constitucional que estas exigencias de «motivación suficiente» son también aplicables a las excepciones procesales, ya que, aunque eximan de resolución sobre el fondo, su apreciación no las dispensa de tener unos presupuestos lógico-jurídicos de aplicación, que han de explicitarse y motivarse, pues así lo reclama la esencia del control propio del Estado de Derecho.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Intimidad, propia imagen y derechos de libre comunicación (artículos 18 y 20 CE)

a) Los derechos a la intimidad y a la propia imagen prevalecen sobre la libertad de información cuando la persona ha tratado de preservar una esfera íntima y ésta se ve invadida gracias a la utilización de medios técnicos de alto alcance, ¿o no?

En la **STS 166/2011, de 14 de marzo**, Sala de lo Civil, el TS resuelve una colisión entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen del demandante y la libertad de información de un medio periodístico. En el caso concreto se había publicado un reportaje sobre las vacaciones de un conocido presentador y humorista, en el que se hacían comentarios jocosos sobre su vida privada y se publicaban varias fotografías en las que aparecía desnudo en calas públicas, pero de difícil acceso, de Tarragona e Ibiza. El TS realizaba la ponderación entre ambos derechos, reconociendo la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen del afectado, al tener en cuenta que, a pesar de su carácter de personaje público, el

afectado era extraordinariamente celoso de su intimidad; que la información proporcionada tenía un relevancia pública escasa, en la medida en que se refería sólo a la vida privada del personaje, y que las fotografías fueron realizadas con teleobjetivo, en playas de difícil acceso, de modo que el afectado podía esperar que su intimidad y su derecho a la propia imagen se verían preservados.

En un sentido diametralmente distinto, la **STS 125/2011, de 25 de febrero**, Sala de lo Civil, no consideraba vulnerado el derecho a la propia imagen de una conocida actriz, fotografiada en una playa pública bastante concurrida haciendo *top-less*. El TS ponía de manifiesto el carácter público del personaje, así como el hecho de que la afectada se encontrara en un lugar público, para dar preferencia al derecho a la información. Además, el TS volvía a hacer referencia al interés público o la relevancia pública de las informaciones proporcionadas por los medios pertenecientes al género del entretenimiento, justificando así la relevancia pública de una información sólo relacionada con la vida privada de la actriz.

b) La información sobre el origen no matrimonial de la filiación de un miembro de la nobleza se ve cubierta por la libertad de creación artística y científica

En la **STS 34/2011, de 1 de febrero,** Sala de lo Civil, el TS resuelve un supuesto de colisión entre el derecho a la información, considerado en su vertiente de libertad de creación artística y científica, y el derecho al honor y a la intimidad de un miembro de la nobleza española, cuya filiación extramatrimonial se recogía en un trabajo científico sobre la sucesión en los distintos títulos nobiliarios españoles. El TS hacía prevalecer, en el caso objeto de estudio, la libertad de creación artística y científica sobre el derecho al honor y a la intimidad del demandante, al estimar que la información proporcionada era de interés público, en la medida en que se informaba sobre la equiparación, por vía judicial, de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio en el acceso a los títulos nobiliarios; que la información proporcionada era veraz, en la medida en que el escritor había recurrido a fuentes fidedignas a la hora de contrastar la información, y que no se había recurrido a expresiones vejatorias o injuriosas, indicándose únicamente que el demandante era hijo ilegítimo, por la falta de matrimonio de sus padres.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CASONA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH
RAFAEL BUSTOS GISBERT
ENCARNA CARMONA CUENCA
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARÍA DÍAZ CREGO
MÓNICA ARENAS RAMIRO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
ARGELIA QUERALT
ROBERTO ROSINO CALLE

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. BASES.

   A) Las competencias ejecutivas sólo con carácter excepcional pueden derivar de la competencia estatal sobre las bases.

   B) Articulación de títulos competenciales estatales sobre bases.

3. LEY.

   A) Reserva de Ley.

   a) La reserva del art. 36 CE se refiere al ejercicio de las profesiones, no a su denominación.

   b) Reserva de ley para el establecimiento de cuotas a favor de mujeres en el acceso a la función pública.

4. DECRETO-LEY.

   A) Inexistencia de extraordinaria y urgente necesidad.

5. REGLAMENTO.

   A) Distinción entre acto y norma.

   a) Una norma reglamentaria innova el ordenamiento jurídico.

   B) Potestad reglamentaria.

   a) La creación de vacíos normativos no es un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria.

   C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

   a) Nulidad de un reglamento autonómico por ausencia de estudios previos a su elaboración.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

   A) Principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables: no prohíbe una regulación transitoria.

B) Principio de igualdad.

a) Igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales.
b) Igualdad en el ejercicio del derecho a la participación política.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130042011100071; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia hasta la referencia Id Cendoj 48020330022011100001. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 62/2011, de 5 de mayo.

2. BASES

A) Las competencias ejecutivas sólo con carácter excepcional pueden derivar de la competencia estatal sobre las bases

En la **STC 1/2011, de 14 de febrero,** se hace referencia a los conceptos de bases y coordinación general en materia sanitaria como fundamento de la titularidad estatal para ejercer determinadas competencias de carácter ejecutivo, como la acreditación de actividades y programas de formación continuada en relación con las profesiones sanitarias, así como de los centros en que éstas se imparten, que la Comunidad Autónoma de Aragón reclama como de su competencia, según su Estatuto de Autonomía.

El Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre esta cuestión, según la cual, aunque con carácter excepcional, determinados actos de ejecución pueden tener naturaleza básica por ser complemento necesario de la propia normativa básica (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 5, con cita de otras). Sin embargo, tal criterio no puede ser admitido respecto de la acreditación de actividades y programas de formación continuada y de los centros en que se imparten, puesto que, en este caso, la normativa básica estatal puede establecer los requisitos que deben cumplir tales actividades, programas y centros y, tras ello, las Comunidades Autónomas ejercerán las competencias ejecutivas otorgando las acreditaciones correspondientes con sujeción a dicha normativa básica.

Tampoco la titularidad en relación con la coordinación sanitaria *ex* art. 149.1.16 CE otorga al Estado la competencia para realizar por sí mismo dichas acreditaciones, ya que la coordinación, por su propio alcance, no permite desplazar las competencias autonómicas de ejecución (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8).

Por tanto, las citadas competencias de naturaleza ejecutiva corresponden a la Comunidad Autónoma de Aragón. En conclusión, las competencias atribuidas al Estado sobre acreditación en materia de formación continuada de los profesionales sanitarios, reguladas

por el art. 35.1, primer párrafo, y 4, primer párrafo, de la Ley 44/2003 son inconstitucionales por vulnerar el art. 149.1.16 CE.

B) Articulación de títulos competenciales estatales sobre bases

En la **STC 18/2011, de 3 de mayo,** se resuelven tres recursos de inconstitucionalidad acumulados, los dos primeros interpuestos contra distintos preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (LSE) y el tercero promovido contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, del sector eléctrico canario.

Los tres recursos de inconstitucionalidad se plantean por motivos competenciales, al considerar, tanto las instituciones autonómicas canarias como el Estado, que los preceptos impugnados no respetan el orden constitucional de distribución de competencias. En el caso de los recursos del Parlamento y del Gobierno de Canarias se alega que los preceptos de la LSE impugnados no pueden tener el carácter básico que les atribuye la disposición final primera, apartado 1, de dicho texto legal. Por su parte, la impugnación del Presidente del Gobierno se fundamenta en que los preceptos cuestionados de la Ley del sector eléctrico canario no respetan las bases estatales sobre la materia contenida en la LSE.

Las partes coinciden en los títulos competenciales que consideran de aplicación para la resolución de los recursos planteados, si bien discrepan en el alcance que haya de atribuirseles. Estos títulos son, fundamentalmente, las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» del art. 149.1.13 CE, y las «bases del régimen ... energético» del art. 149.1.25 CE.

Si bien el Tribunal Constitucional ha fijado como criterio general que en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales debe prevalecer la regla competencial específica sobre la más genérica, el propio Tribunal ha precisado que este criterio no puede tener un carácter absoluto. Las competencias de ordenación o dirección general de la economía —entre las que han de encuadrarse las relativas a planificación, de un lado, y, de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se cuenta el energético—, han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso [STC 197/1996, FJ 4.A)].

El Tribunal Constitucional ha precisado que dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura «las normas estatales que fijan las líneas, directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (STC 95/1986, FJ 4). Esta doctrina resulta aplicable con mayor razón a supuestos en los que existen, como en el que es objeto de la sentencia, reservas competenciales expresas en favor del Estado tanto respecto de la actividad económica general (art. 149.1.13 CE) como del específico sector energético (art. 149.1.25 CE).

Sin embargo, el título genérico relativo a planificación económica y el específico referente a la ordenación de un sector, aun en el supuesto en que ambos pertenezcan a un mismo titular, no son intercambiables, puesto que las facultades de actuación conferidas al Estado por el título competencial genérico y el específico no tienen por qué coincidir.

Por lo tanto, para determinar si un precepto legal tiene o no carácter básico, será preciso analizar si éste se refiere al ámbito de la planificación económica, o bien, si se refiere estrictamente al del régimen energético.

En conclusión, el Estado puede intervenir en la ordenación del sector eléctrico tanto a través del título general relativo a la planificación general de la economía (art. 149.1.13 CE) como mediante el más específico relativo al sector energético (art. 149.1.25 CE), debiendo determinarse en cada caso a la hora de enjuiciar los preceptos cuestionados qué título competencial ampara, en su caso, la actividad normativa del Estado, pues uno y otro título competencial no confieren al Estado las mismas potestades de actuación.

3. LEY

A) Reserva de Ley

a) La reserva del art. 36 CE se refiere al ejercicio de las profesiones, no a su denominación

La **STS de 22 de diciembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez), Id Cendoj 28079130042010100678, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 7/2009 interpuesto por el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas contra el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificación profesional, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado. Las razones que aduce el recurrente se basan en la vulneración de los arts. 24.1.c) y 2 de la Ley 50/1997 y 2.2 de la Ley 2/1974, puesto que en la última versión del reglamento se introdujo un cambio en la denominación del título aludiendo a la especialidad y no se le brindó un nuevo trámite de audiencia; además, señala que al introducir esa modificación en la denominación se vulnera la reserva de Ley que rige en esta materia conforme al art. 36 CE en relación con las profesiones tituladas.

Puesto que el Tribunal ya había resuelto con anterioridad un supuesto de las mismas características se remite a los argumentos que se esgrimieron entonces y desestima el recurso interpuesto. En concreto, señala la Sala que la inclusión de un cambio de denominación no tiene trascendencia suficiente como para abrir un nuevo trámite de audiencia y que ya se había dado cuenta de esa posible modificación en la memoria justificativa. Además, entiende el Tribunal que en este caso puede producirse un cambio en la denominación del título de la profesión pero ello no afecta a las condiciones de ejercicio de la profesión que es el contenido que debe estar regulado por Ley.

b) Reserva de Ley para el establecimiento de cuotas a favor de mujeres en el acceso a la función pública

La **STSJ del País Vasco de 26 de enero de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2.ª, ponente: José Antonio Alberti Larizgoitia), Id Cendoj 48020330022011100001,

resuelve el recurso contencioso-administrativo 855/2010 interpuesto por el Sindicato Profesional de la *Ertzaintza* contra la Resolución de 19 de abril de 2010 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco por la que se convoca procedimiento selectivo para el ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la *Ertzaintza* (BOPV de 6 de mayo de 2010). En concreto se impugna la previsión de una cuota de 70 plazas para mujeres de las 140 convocadas. El recurrente apoya su recurso, principalmente, en que esa regulación vulnera el art. 14 CE y también el art. 23 CE al limitar el acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

El Tribunal analiza, en primer lugar, la necesidad de reserva de Ley para reservar ciertas plazas a mujeres. Afirma que esa reserva se deriva del art. 103.3 CE en relación con el estatuto de los funcionarios públicos y de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la limitación de derechos fundamentales. Posteriormente, analiza si se ha cumplido con la reserva de Ley y su conclusión es negativa. Ni el art. 11.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ni el art. 23 de la LO 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa ofrecen cobertura a la regulación impugnada. Estos preceptos contienen mandatos genéricos a favor de la igualdad, como objetivo transversal, de modo que no llegan siquiera a autorizar expresamente reservas de plazas en los procedimientos selectivos de ingreso a favor de las mujeres, ni mucho menos a establecer criterios concretos sobre los supuestos y circunstancias en que éstas, en su caso, sean admisibles. En conclusión, entiende el Tribunal que la ausencia de habilitación legal determina la nulidad de la resolución recurrida y por ello ni siquiera entra a analizar la proporcionalidad de la reserva efectuada.

4. DECRETO-LEY

A) Inexistencia de extraordinaria y urgente necesidad

En la **STC 31/2011, de 17 de marzo,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 43 y el párrafo octavo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, en materia de horarios comerciales. El párrafo octavo de la disposición final segunda establece que ambos preceptos han sido dictados al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.1 y 13 CE.

El art. 43 establece un régimen de libertad de horarios que no estaba previsto que fuera de aplicación hasta que el Gobierno de la Nación conjuntamente con el Gobierno de las Comunidades Autónomas así lo decidieran, y no antes del día 1 de enero del año 2005. Dicho precepto regulaba también otras cuestiones relativas al régimen de horarios como el horario global semanal, el número de domingos y días festivos en que los comercios podrían abrir al público y los establecimientos comerciales a los que se reconocía un régimen especial de libertad horaria.

A juicio del Tribunal Constitucional, el Gobierno no aportó justificación suficiente que permitiera apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el art. 86.1 CE, al no existir conexión de sentido entre la situación de urgencia, en los términos en

los que dicha urgencia fue entendida por el Gobierno, y la medida en materia de horarios comerciales adoptada para afrontarla. En consecuencia, el Tribunal no aprecia la necesaria adecuación entre la medida impugnada y la situación de urgencia a la que se desea hacer frente con ella.

En conclusión, el Tribunal determina que la utilización de la figura del Decreto-ley para regular los horarios comerciales constituye un supuesto de uso abusivo y arbitrario de esa figura. Por otro lado, señala que en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos en materia de horarios comerciales, se seguirían de la tramitación de esta medida por el procedimiento legislativo parlamentario, sin que puedan considerarse como tales los relativos al cambio de legislatura o a la tramitación preferente de los Presupuestos Generales del Estado.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y la nulidad del art. 43 del Real Decreto-ley 6/2000. La impugnación del párrafo octavo de la disposición final segunda decae al anularse el art. 43.

5. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma

a) Una norma reglamentaria innova el ordenamiento jurídico

La **STS de 23 de febrero de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4.ª, ponente: Celsa Pico Lorenzo), Id Cendoj 28079130042011100071, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 143/2009 interpuesto por el Instituto Nacional de Ingenieros Técnicos de España y diversos Colegios Oficiales y Consejos Superiores de Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos contra Acuerdos del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 2008, que establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de las distintas profesiones reguladas de Ingeniero e Ingeniero Técnico. El recurso se apoya en que los Acuerdos tienen naturaleza reglamentaria por lo que deberían haber adoptado la forma de Real Decreto y haberse sometido a las exigencias del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias, incluyendo el dictamen del Consejo de Estado y el trámite de audiencia a la representación de las Ingenierías Técnicas.

Al respecto, entiende el Tribunal Supremo que los Acuerdos del Consejo de Ministros impugnados ostentan la forma establecida en el art. 25.d) de la Ley del Gobierno de forma correcta, puesto que no tienen naturaleza reglamentaria y, por tanto, no deben tener la forma de Real Decreto. Se trata simplemente de un desarrollo del art. 12.9 del Real Decreto 1393/2007 que faculta al Gobierno a establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios de los títulos que habiliten para el ejercicio de actividades reguladas en España. Los Acuerdos no tienen, por tanto, carácter normativo. Son actos no normativos que se aplican a una pluralidad de destinatarios y que no modifican en nada el Real Decreto citado. Todo ello determina la innecesariedad del dictamen del Consejo de Estado y del trámite de audiencia a los recurrentes. Por estas razones se desestima el recurso interpuesto.

B) Potestad reglamentaria

a) La creación de vacíos normativos no es un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria

La **STS de 14 de diciembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3.ª, ponente: María Isabel Perelló Domenech) Id Cendoj 28079130032010100397, resuelve el recurso contencioso-administrativo 113/2010 interpuesto por la Asociación de Gestores de Viviendas de Uso Turístico contra el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre Acceso a Actividades Turísticas y su Ejercicio. De todas las normas que se derogan por el Real Decreto, la recurrente se refiere a la derogación del Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, sobre ordenación de apartamentos y viviendas turísticas vacacionales. Entiende que la derogación de esa norma produce un vacío normativo en la Comunidad de Madrid, dejando sin regulación unos servicios turísticos vacacionales de gran trascendencia debido a la inexistencia de normativa autonómica en la materia.

Al respecto señala el Tribunal que la razón de ser de la aprobación del Real Decreto impugnado se debe a la transposición en España de la Directiva 2006/123/CE, conocida como Directiva de Servicios. De este modo el Estado atiende a las exigencias del Derecho Europeo. El motivo de que se cree un vacío legal se debe a la ausencia de competencia del Estado en materia de ordenación del turismo. Esa competencia corresponde a las Comunidades Autónomas y el Estado no puede aprobar normas con vocación de supletoriedad. Esta consecuencia indeseable del ejercicio de la potestad reglamentaria del Estado no puede limitar su actuación. El titular de la potestad reglamentaria puede legítimamente derogar su propia normativa, sin que la creación de vacíos normativos pueda considerarse un límite a esa facultad. Por estas razones, el Tribunal desestima el recurso interpuesto.

C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Nulidad de un reglamento autonómico por ausencia de estudios previos a su elaboración

La **STS de 15 de diciembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3.ª, ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona), Id Cendoj 28079130032010100377, responde al recurso de casación 2287/2008 interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia de 8 de abril de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad Autónoma.

En instancia, la Sala estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varios particulares contra el Decreto autonómico 389/2004, de 21 de septiembre, que regula la pesca de coral rojo en las aguas interiores del litoral catalán. Declaró su nulidad puesto que, a su parecer, en su procedimiento de elaboración se habían incumplido las prescripciones de la Ley 13/1989, del Parlamento catalán, en su redacción dada por la Ley 4/2001. En concreto, estimó la Sala *a qua* que no se habían emitido los correspondientes informes y estudios técnicos que justificasen la nueva regulación contenida en el Decreto y que el único informe técnico sobre la población de coral rojo que pareció aportarse no se tuvo en cuenta en la redacción de la norma. También constató que no se había elaborado ningún informe económico previo en torno a las repercusiones de la regulación sobre la actividad

pesquera. Frente a esta argumentación alega la recurrente que, en realidad, los vicios procedimentales no tenían la entidad suficiente como para declarar la nulidad del Decreto. Al respecto, sin embargo, afirma el Tribunal Supremo que se trataba «de unos incumplimientos cualificados de las normas procedimentales que tienden a asegurar el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria. Si el contenido de las memorias económicas y justificativa existentes en el expediente de elaboración revela, como sucede en el caso de autos a juicio del tribunal de instancia, que ambos documentos contienen omisiones tales que en realidad no se ajustan a su finalidad propia, pues no explican o justifican sus determinaciones ni valoran en términos económicos el contenido de la propuesta, bien cabe afirmar que el defecto es trascendente y puede generar, por sí mismo, la nulidad del Reglamento aprobado». Con base en esta argumentación desestima el recurso interpuesto.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables: no prohíbe una regulación transitoria

La **STS de 14 de diciembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3.ª, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), Id Cendoj 28079130032010100407, resuelve el recurso de casación núm. 1713/2008 interpuesto por el Gobierno de Canarias contra Sentencia dictada en instancia por el TSJ de esta Comunidad Autónoma. En esta Sentencia el Tribunal *a quo* estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra el Decreto del Gobierno de Canarias 232/2005 por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y se establecen los Criterios Generales de Equipamiento Comercial de Canarias. En concreto, anuló la disposición transitoria primera de esta norma. Los argumentos empleados para anular dicha regulación se apoyaban en que establecía la aplicación retroactiva de los criterios establecidos en el Decreto impugnado a las solicitudes en curso en el momento de su entrada en vigor, que limitaban los derechos de libertad de empresa y libertad de establecimiento, de modo que se producía una vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables o limitativas de derechos consagrado en el art. 9.3 CE. Al respecto señaló el TSJ de Canarias que «los principios de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, proclamados en el art. 9 de la Constitución, obligan a otorgar protección a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas en base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afecten no sólo al presente, sino también al futuro condicionando éste, lo cual no sólo es legítimo hacerlo, sino que es lo que cabe esperar de eso que se ha dado en llamar la conducta del buen padre de familia. De aquí que lo que rotundamente no puede aceptarse es que una norma, ni reglamentaria ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de una legislación anterior, desarticulando por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse. Y por ello esos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo imponga el interés público y, en todo caso, ofreciendo medios y tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas». Puesto que en el caso analizado se establece una retroactividad máxima de la regulación, no se produce un equilibrio de los intereses en juego, por lo que la disposición debe considerarse nula.

Frente a esta argumentación el recurso de casación se apoya en la vulneración del art. 9.3 CE y en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la irretroactividad de los reglamentos. El Tribunal Supremo acoge plenamente este motivo de casación. Entiende que la Sala *a qua* vulnera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 9.3 CE. No cabe afirmar que la norma reglamentaria impugnada restrinja derechos y libertades fundamentales constitucionalmente garantizados. Conforme al Tribunal Constitucional la «restricción de derechos individuales» prohibida por el art. 9.3 CE ha de poder equipararse a la idea de sanción. «Por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona». Además, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen, aunque impide cambios arbitrarios que no sean razonablemente previsibles. En conclusión, afirma el Tribunal Supremo que «no cabe entender que la previsión de un régimen transitorio que pretende la salvaguarda de intereses públicos, vinculados a la ordenación de la actividad comercial con la finalidad razonable de conseguir un nivel de equipamientos comerciales adecuados a las necesidades de la población de la Comunidad Autónoma de Canarias, infrinja la prohibición de irretroactividad de las normas limitativas de derechos individuales, o afecte lesivamente a otros principios constitucionales». Por lo que se estima el recurso de casación y se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en instancia.

B) Principio de igualdad

a) Igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales

En el recurso de inconstitucionalidad que resuelve la **STC 1/2011, de 14 de febrero,** se plantea la posibilidad de fundamentar la competencia del Estado en relación con el ejercicio de competencias ejecutivas en materia sanitaria en el art. 149.1.1 CE. El Tribunal Constitucional rechaza este planteamiento alegando que este precepto tiene un alcance normativo, «lo que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no al diseño completo y acabado de su régimen jurídico» [STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 12, con cita de la STC 61/1997, FJ 7.b)], mientras que la controversia que resuelve la sentencia citada se refiere a actuaciones de ejecución.

El Tribunal Constitucional precisa que el art. 149.1.1 CE no permite establecer «una normación completa y acabada del derecho» de que se trate, sino tan sólo en relación con lo atinente «al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, limites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos)» (STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 12). La regulación continuada del personal sanitario no se refiere a los aspectos centrales del contenido primario del derecho a la salud, por lo que no encuentra cobertura competencial en el art. 149.1.1 CE.

El Tribunal recuerda que el art. 149.1.1 CE «no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha

de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la Constitución) en el ejercicio de sus respectivas competencias». En consecuencia, por ejemplo, las facultades del Estado para garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna las debe instrumentar aquél mediante «sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito» (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2). En consecuencia, en el caso que resuelve la STC 1/2011 no cabe fundamentar la competencia del Estado para regular la formación continua de las profesiones sanitarias en el art. 149.1.1 CE, por lo que el Tribunal procede a analizar esta cuestión a la luz de lo dispuesto por el art. 149.1.16 CE.

b) Igualdad en el ejercicio del derecho a la participación política

En la **STC 57/2011, de 3 de mayo,** se resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 30 de octubre de 2007, que inadmitió a trámite la solicitud del recurrente, Diputado del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, en la que recababa de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir un informe de impacto ambiental sobre la biodiversidad del río Guadalquivir, de la presa de Alcalá del Río y Cantillana (Sevilla).

A juicio del solicitante de amparo, el mencionado acuerdo de la Mesa de la Cámara vulnera su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, proclamado por el art. 23.2 CE. El recurrente alega que la Mesa del Congreso de los Diputados, a través de esta decisión, limitó indebidamente una de las facultades integrantes de su función representativa parlamentaria, al exigir la firma del portavoz del Grupo parlamentario como condición para la tramitación de la iniciativa. Dado que este requisito no está previsto en el Reglamento del Congreso de los Diputados, su exigencia, a juicio del Tribunal, se convierte en una especie de autorización previa que limita la función parlamentaria.

Para fundamentar esta decisión, el Tribunal señala que no cualquier acto que infrinja la legalidad del ejercicio de la función representativa lesiona el derecho fundamental a la igualdad en el ejercicio del derecho a la participación política, pues sólo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades que pertenezcan al núcleo de la función representativa parlamentaria, como son el ejercicio de la función legislativa o el de control de la acción del Gobierno. En consecuencia, el derecho garantizado en el art. 23.2 CE resulta vulnerado si los órganos de las Asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes.

El respeto al art. 23.2 CE obliga a los órganos parlamentarios a optar por una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de los derechos o atribuciones que integran el *status* constitucionalmente relevante del representante público. Además, impone el deber de motivar las decisiones que limiten tal ejercicio.

La decisión de la Mesa se había justificado en la existencia de una práctica parlamentaria conforme a la cual la solicitud de información y datos establecida en el art. 7.1 del Reglamento del Congreso únicamente puede canalizarse si viene acompañada por la firma del portavoz del Grupo parlamentario. Esta práctica obedece, sin duda, a la finalidad

de verificar el previo conocimiento por parte del grupo parlamentario, que cita la norma, como señala la Mesa de la Cámara y destaca en su escrito la representación procesal del Congreso de los Diputados.

Sin embargo, ese uso de la Cámara, aunque instituye una fórmula objetivamente eficaz para verificar el requisito reglamentario del previo conocimiento, restringe la prerrogativa parlamentaria, ya que supone establecer un único cauce para el cumplimiento de la obligación, con exclusión de otros métodos o procedimientos que igualmente garantizarían la satisfacción del deber de dar previo conocimiento al Grupo parlamentario. Su aplicación en este caso introduce una restricción en el ejercicio de la iniciativa parlamentaria que carece de suficiente justificación y que, además, limita la facultad prevista en el Reglamento, pues la negativa del portavoz a la firma, por la razón que fuere, impediría la efectividad del derecho reconocido individualmente al Diputado, con el resultado de que vendría a alterarse el régimen previsto en la norma reglamentaria, que no establece como condición para la tramitación de la iniciativa una firma o una autorización por parte del Grupo parlamentario.

La forma en que la Mesa del Congreso de los Diputados entendió el requisito controvertido no responde al principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, que el Tribunal entiende aplicable en relación con el art. 23 CE (STC 44/2010, de 26 de julio, FJ 4). A idéntica conclusión se llega a través de un razonamiento complementario. Dado que el Reglamento del Congreso no fijaba de forma expresa ninguna fórmula concreta para la puesta en conocimiento del Grupo de la iniciativa del Diputado, la Mesa no sólo desatendió el principio de interpretación más favorable a la eficacia del derecho, sino que, además, «los acuerdos cuestionados optaron por la interpretación más lesiva» del mismo, ya que condujeron a una limitación de su efectividad pese al amplio margen que la norma reglamentaria ofrece para acoger otras opciones acordes con el sentido de dicha norma.

De la regulación del Reglamento del Congreso no se desprende la existencia de un «vacío» de regulación sobre el modo de cumplimiento de la puesta en conocimiento del grupo de las iniciativas de los diputados, sino simplemente la implícita acogida de un criterio de flexibilidad en cuanto a la forma de obtener la finalidad material de la comunicación al Grupo. Dado que en este caso consta que el diputado puso en conocimiento del grupo parlamentario que iba a solicitar la información a la que se ha hecho referencia, aunque no contara con la expresa firma del portavoz de dicho grupo, cabe afirmar que la Mesa del Congreso de los Diputados no estaba legitimada para exigir dicha firma. A falta de prescripción reglamentaria en un determinado sentido, debe entenderse suficiente que el cauce seguido por el recurrente haya sido eficaz para la comunicación de la iniciativa al Grupo, pues lo que la norma exige es el conocimiento por parte de éste.

En atención a estos diversos factores, el Tribunal llega a la conclusión de que los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados que han sido impugnados han lesionado el art. 23.2 CE, en su dimensión de derecho al ejercicio del cargo público, al impedir el ejercicio de la facultad de solicitar información de las Administraciones Públicas que el art. 7.1 RCD reconocía al demandante de amparo.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍEZ SASTRE

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CLASES DE ACTOS.

A) Naturaleza.

a) Calificaciones territoriales y Programa de Actuación Integrada: actos administrativos.

B) Actos impugnables.

a) Acto inimpugnable: declaración del estado de alarma por el Gobierno.
b) Acto inimpugnable: acto consentido y firme.

C) Actos de trámite.

a) Archivo de solicitud de prescripción.
b) Actuaciones inspectoras complementarias en materia tributaria.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) Tramitación.

a) Innecesariedad de nuevo trámite de alegaciones.
b) Actuaciones inspectoras que pueden tener eficacia interruptora de la prescripción de la deuda tributaria.

B) Terminación.

a) Caducidad por transcurso de más de un año desde que se acordó la incoación del procedimiento.

4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Notificación.

a) Notificación a representante.
b) Notificación en el anterior domicilio social de la compañía.

B) Ejecución del acto administrativo.

a) Suspensión de ejecución del acto.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Revisión de oficio.

a) Revisión de oficio de acto nulo: título habilitante.
b) Revisión de oficio de acto nulo: actos contradictorios.

B) Recursos administrativos.

a) Cómputo del plazo del recurso desde la publicación, no desde la notificación personal.
b) Cómputo de los plazos que se cuentan por meses.
c) Legitimación de recurrentes en alzada.

6. VALIDEZ E INVALIDEZ.

A) Defectos de forma.

a) Carácter no invalidante de las irregularidades en procedimiento selectivo que no son causa de indefensión.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de enero a marzo de 2011, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período destaca, especialmente, el ATS de 10 de febrero de 2011 que conoce de la impugnación, por parte de la Unión Sindical de Controladores Aéreos, del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. El Tribunal inadmite el recurso contencioso-administrativo, por carecer de jurisdicción para conocer de la impugnación de este acto del Gobierno cuyo contenido ha sido asumido en su integridad por el Congreso de los Diputados. Por esto no es encuadrable dentro del ámbito de conocimiento que para este orden contencioso-administrativo definen los arts. 1 y 2 LJCA.

También resulta de interés la STS de 7 de febrero de 2011, que extiende a los recursos administrativos la jurisprudencia de la misma Sala de lo contencioso-administrativo, conforme a la cual se señala que, si después de la notificación personal a los interesados, sobreviene la publicación del acto administrativo, el plazo para impugnar debe computarse desde esta última.

2. CLASES DE ACTOS

A) Naturaleza

a) Calificaciones territoriales y Programa de Actuación Integrada: actos administrativos

La **STS de 18 de marzo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 5986/2008, conoce de la impugnación de una denegación de calificación territorial solicitada por la recurrente para la instalación de una estación base de telefonía móvil. El Tribunal considera que, según jurisprudencia de los últimos años, a tenor de la regulación que hace la norma autonómica canaria del contenido concreto de las calificaciones territoriales, no se desprende que su finalidad sea completar la ordenación urbanística, sino que aparecen como un instrumento ligado directamente a la ejecución del planeamiento y a su última fase, la realización de actos de construcción o uso del suelo,

concebido como una autorización previa a la licencia de obras o de su uso, de lo que se desprende su naturaleza jurídica de acto administrativo. Por otra parte, la mencionada calificación carece de las notas de generalidad y permanencia propias de los instrumentos de ordenación y de las disposiciones generales y no podrían imponer determinaciones urbanísticas a las señaladas en los instrumentos de planeamiento. En definitiva, todo ello lleva al Tribunal a sostener que las calificaciones territoriales carecen de naturaleza normativa.

Por su parte, las **SSTS de 4 y 18 de marzo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recursos de casación núms. 122/2007, 1773/2007 y 2722/2007, llegan a conclusiones similares en relación con los Programas de Actuación Integrada de la legislación valenciana. Cuando, como ocurre en los casos enunciados, tales Programas no modifican la ordenación del ámbito, constituyen, al igual que los proyectos de reparcelación y urbanización, instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria.

B) Actos impugnables

a) Acto inimpugnable: declaración del estado de alarma por el Gobierno

El **ATS de 10 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 8.ª), recurso contencioso-administrativo 553/2010, conoce de la impugnación, por la Unión Sindical de Controladores Aéreos, del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. El Tribunal considera que, en aplicación de lo establecido en el art. 5.2 LJCA, procede inadmitir el recurso contencioso-administrativo, por carecer de jurisdicción para conocer de la impugnación a través de este recurso. La razón estriba, en opinión del Tribunal, en que la impugnación va dirigida contra un acto cuyo contenido ha sido asumido en su integridad por el Congreso de los Diputados (en su sesión de 16 de diciembre de 2010) desde el momento en que éste autorizó la prórroga del estado de alarma en los mismos términos en que fue inicialmente declarado. Como consecuencia, el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, dispuso la prórroga del estado de alarma declarado por el anterior Real Decreto. La conclusión tiene que ser que esa decisión asumida por la Cámara «no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo» por estar fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el art. 106.1 CE y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la Jurisdicción Contencioso-administrativa delimitan los arts. 1 y 2 LJCA.

Para apoyar la anterior conclusión, el Tribunal recuerda que en el Gobierno se reconoce una doble condición: la de órgano constitucional, que tiene atribuidas unas funciones reguladas directamente por la Constitución, y no por el Derecho Administrativo; y la de órgano administrativo, que dirige la Administración General del Estado. La consecuencia es que, en cuanto a las actuaciones realizadas desde esa primera condición constitucional, ha de estarse a lo que establece la Constitución, en cuyo art. 116.2 CE se dispone: «El Estado de alarma será declarado por el Gobierno (...) dando cuenta al Congreso de los Diputados (...) y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo». En definitiva, el Real Decreto 1673/2010 impugnado, fue dictado por el Gobierno como órgano constitucional ejerciendo las funciones previstas en el Título V de la CE («De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales») y se dio cuenta al Congreso de los Diputados, ofreciendo

a éste la posibilidad de ejercer todos los medios de control que el ordenamiento jurídico le permite. Y eso es lo que ha hecho la Cámara al resolver, a solicitud del Gobierno, autorizar la prórroga del estado de alarma en los mismos términos en que fue declarado por el Real Decreto 1673/2010 impugnado.

b) Acto inimpugnable: acto consentido y firme

La **STS de 17 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.ª), recurso de casación núm. 5783/2007, conoce de la impugnación de las resoluciones por las que se hacían públicas la relación de seleccionados y su nombramiento como funcionarios de carrera, dentro de un proceso selectivo de personal convocado por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias. Uno de los aspirantes, que no obtuvo plaza, interpone recurso contencioso-administrativo en el que solicita que se declaren nulos de pleno Derecho estos dos actos y, además, también una corrección de errores de la convocatoria inicial y un acuerdo del tribunal calificador en el que decidía no proceder a la lectura pública del tercer ejercicio.

La sentencia de instancia opta por considerar defectuosamente publicada la corrección de errores, porque no indicaba los recursos procedentes. Por lo tanto, acuerda la admisibilidad del recurso. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que esta corrección de errores tuvo lugar a los pocos días de la convocatoria y muchos meses antes de que tuvieran lugar las pruebas. De todo ello tuvo conocimiento el recurrente. Además, su participación en el proceso selectivo lleva a la conclusión de que era pleno conocedor de las condiciones en que tendría lugar la oposición y el concurso.

Hay que tener en cuenta la jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión y, aunque en ella se ha admitido en ocasiones la impugnación, a través de los actos de aplicación, de las bases no recurridas en su momento, esa posibilidad se ha aceptado solamente a título de excepción en aquellos casos en que era evidente la nulidad de alguno de sus extremos o su ilegalidad y trascendencia. Fuera de tal hipótesis, la regla general es la contraria. Y aquí no estamos en ese supuesto excepcional.

C) Actos de trámite

a) Archivo de solicitud de prescripción

La **STS de 7 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), recurso de casación núm. 6012/2006, califica como acto de trámite y, por tanto, inimpugnable, una comunicación del Servicio de Recaudación por la que se procedía al archivo de escritos presentados por el interesado solicitando la prescripción de una liquidación del impuesto de sucesiones. Considera el Tribunal, confirmando el criterio del Tribunal Económico-Administrativo de Madrid, que el acto impugnado no es susceptible de reclamación económico-administrativa, al ser un acto de trámite de los que no deciden, ni directa, ni indirectamente, el fondo del asunto, ni ponen término a la vía de gestión [art. 37.1.b) del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-administrativas]. Tal comunicación no reconoce ni deniega provisional o definitivamente un derecho, ni declara una obligación.

b) Actuaciones inspectoras complementarias en materia tributaria

La **STS de 23 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 5911/2006, se pronuncia sobre la naturaleza de acto de trámite de las actuaciones inspectoras complementarias llevadas a cabo por un Inspector, relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En opinión del Tribunal, se trata de un acto de trámite, porque, antes de transcurrir el mes que señala el art. 60.3 del Reglamento General de Inspección de Tributos para que las actas de conformidad se transformen en liquidación, el Inspector jefe hizo uso de la facultad que le otorga dicho precepto, por lo que el plazo quedó enervado y se abre un período de alegaciones de 15 días, transcurridos los cuales, con o sin alegaciones, se dictará el acto de liquidación, que es el recurrible. Por lo tanto, abierta esa vía de impugnación, no se puede decir que se haya lesionado un derecho subjetivo del sujeto pasivo que, en cualquier caso, podrá ejercitarlo en esa impugnación. Por último, tampoco se puede considerar que el acto decida directa o indirectamente el asunto, pues es el acto de liquidación el que realmente le pone fin.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Tramitación

a) Innecesariedad de nuevo trámite de alegaciones

La **STS de 14 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 3833/2006, conoce de la impugnación de una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, que acordó el archivo de una reclamación económico-administrativa por entender que ya se había dado satisfacción a las pretensiones de la entidad reclamante y se había asignado la titularidad catastral. La parte actora, por su parte, alega que, antes de dictarse tal resolución, debía habérsele dado un nuevo trámite de alegaciones. El Tribunal Supremo, coincidiendo con el de instancia, afirma que carecía de sentido que el Tribunal Económico- Administrativo Regional concediese un nuevo trámite de alegaciones, una vez que ya el Catastro había accedido a la modificación de la titularidad catastral que pretendía la actora. Así las cosas, pretender que la omisión de ese segundo trámite de alegaciones constituya motivo de nulidad radical de la resolución impugnada, carece manifiestamente de fundamento, si se tiene en cuenta que la pretensión que se ejercitaba había sido satisfecha extra-procedimentalmente.

b) Actuaciones inspectoras que pueden tener eficacia interruptora de la prescripción de la deuda tributaria

La **STS de 13 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 164/2007, casa y anula la sentencia de instancia y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de liquidación girada en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En este contexto, la sentencia recuerda en su FD 3.º la jurisprudencia reiterada en torno a las características que han de reunir los actos de la Administración para que puedan tener eficacia interruptora en aplicación del art. 66 de la Ley General Tributaria. Sólo son susceptibles de «interrumpir la prescripción

los actos tendencialmente ordenados a iniciar o a proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder a la mera finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, la recaudación o la imposición de sanción en el marco del impuesto de que se trate; por el contrario, debe prescindirse de aquellas actuaciones que resulten puramente dilatorias, como las que se limitan a dejar constancia de un hecho evidente, a anunciar la práctica de actuaciones futuras, a recoger la documentación presentada sin efectuar valoración alguna o a reiterar la solicitud de una documentación que ya obra en el expediente». En la aplicación al caso, el Tribunal Supremo considera que se cumplen los requisitos del precepto anteriormente mencionado y de la jurisprudencia que lo interpreta para entender interrumpida la prescripción. Por consiguiente, dado que en principio las diligencias extendidas en el curso del procedimiento inspector tienen efectos interruptores en relación con todos los conceptos, tributos y ejercicios comprendidos en el acuerdo de iniciación, el Tribunal estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y anula la sentencia recurrida en este extremo.

B) Terminación

a) Caducidad por transcurso de más de un año desde que se acordó la incoación del procedimiento

La **STS de 24 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 79/2009, estima el recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo del Consejo de Ministros sobre imposición de sanciones al Ayuntamiento recurrente por vertidos de aguas residuales sin depurar. Ante la controversia suscitada en relación con la fecha de incoación del procedimiento, el Tribunal Supremo estima las pretensiones del recurrente debido a la constancia de la fecha de incoación mediante la antefirma del órgano administrativo que la adoptó y posterior ratificación en el pliego de cargos. La sentencia concluye que la Administración debió declarar la caducidad del procedimiento, dado que el cómputo del plazo de caducidad se inicia precisamente en la fecha del acuerdo de incoación [art. 42.3.a) de la Ley 30/1992] y termina en la fecha de notificación de la resolución (art. 42.2 de la misma Ley), y en el caso de autos había transcurrido el plazo de caducidad de un año establecido en la disposición adicional sexta del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) Notificación a representante

La **STS de 23 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 5911/2006, califica como correcta la notificación practicada al que ante la Administración figuraba como representante del recurrente, por entender que, en el momento de la notificación, el mandato estaba vigente. Para ello, entre otros argumentos, apela al art. 28.2 del Reglamento General de la Inspección Tributaria, conforme al cual «La revocación de la representación no supondrá la nulidad de las actuaciones practicadas con el representante, antes de que se haya hecho saber esta circunstancia a la inspección».

b) Notificación en el anterior domicilio social de la compañía

La **STS de 14 de marzo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 5455/2007, desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la eficacia de la notificación practicada en el anterior domicilio social de la compañía recurrente, donde seguían teniéndolo otras sociedades del mismo grupo, en la persona de un agente de la empresa de seguridad que prestaba servicios a todas ellas.

En primer lugar, el Tribunal Supremo confirma la fundamentación de la sentencia de instancia que admite como válida la notificación practicada a tercero, en base a dos argumentos: porque la propia sociedad recurrente reconoció que «existía una empresa de seguridad que prestaba servicios de recepción en el mismo» y que «un miembro del personal de seguridad procedió a acusar recibo de la notificación en cuestión», aunque entendiera que lo hiciera por error, y porque en esa anterior sede de la compañía recurrente seguían teniendo su domicilio otras sociedades del grupo a las que la misma empresa de seguridad prestaba el antedicho servicio. En segundo lugar, ante la alegación del recurrente sobre la aplicación del principio de personalidad jurídica única de la Administración, según el art. 3.4 de la Ley 30/1992 y el consiguiente conocimiento por parte de la Administración de su nuevo domicilio, porque se lo había comunicado formalmente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Tribunal Supremo rechaza dicha argumentación ya que, según la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, de Telecomunicaciones, el devengo de la tasa, cuya notificación de la liquidación se debatía, se vinculaba a la posesión de un título habilitante para el uso del demanio radioeléctrico, cuyo otorgamiento corresponde a la Administración con competencia en materia de telecomunicaciones; en ningún caso a la Administración Tributaria. Siendo su devengo periódico y practicándose las liquidaciones por la Administración de telecomunicaciones, la modificación por la empresa recurrente de alguno de los datos que ofreció para lograr el otorgamiento de ese título habilitante, aquí su domicilio, debió ser puesta en conocimiento de la Administración actuante para que surtiera efecto frente a ella.

Por todo ello concluye el Tribunal Supremo (FD 4.º) que, constando que el tercero entregó a la interesada la comunicación, la notificación debía entenderse efectuada, a todos los efectos, el día que la recibió dicho tercero; más cuando, recordando el criterio de la jurisprudencia constitucional, habiéndolo sido dentro del plazo para recurrir, una mínima diligencia de la parte actora podría haber evitado su acción extemporánea, pues el retraso aducido entre la recepción por parte del tercero y la del recurrente no agotó el plazo legal para recurrir.

B) Ejecución del acto administrativo

a) Suspensión de ejecución del acto

La **STS de 31 de marzo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), recurso de casación núm. 3042/2010, se pronuncia sobre una denegación de suspensión de la ejecutividad de una resolución de una Administración autonómica, por la que se ordenaba el cese inmediato de la prestación del servicio de radiodifusión sonora por parte de una empresa que no disponía del correspondiente título habilitante.

El Tribunal realiza un repaso de su doctrina, en general y para casos similares a éste, sobre la solicitud de medidas cautelares y la eficacia de la resolución impugnada. Aunque aborda esta cuestión desde la perspectiva jurisdiccional, creemos que puede resultar de

interés reproducir aquí esta sentencia, por cuanto puede tener de interés en relación con la ejecutividad del acto administrativo.

Pues bien, en este caso concreto, considera incorrecto el juicio de ponderación llevado a cabo por el Tribunal de instancia para denegar la suspensión de la ejecutividad de la resolución de cese y considera que debe ser concedida tal suspensión. En efecto, la ponderación de intereses llevada a cabo por la Sala de instancia se basa exclusivamente en la ausencia de título habilitante para emitir, sin que tenga en consideración que, como consecuencia de esta actividad de emisión sonora realizada sin título, se haya generado algún tipo de interferencia a otras emisiones o haya existido algún tipo de perturbación del espectro radioeléctrico o a los intereses generales. En consecuencia, con independencia del genérico interés público concurrente que se concreta en el respeto al régimen jurídico aplicable a los servicios de radiodifusión, considera el Tribunal que la ejecución del acto administrativo (el cese con carácter inmediato del servicio de radiodifusión sonora) haría perder su finalidad legítima al recurso. Es indudable que la efectividad del acto administrativo supondría claramente que el recurso carecería ya de su finalidad, pues habría producido una situación que haría ineficaz el proceso, dada la irreversible finalización de la actividad de la recurrente, de manera que la sentencia perdería su efectividad. Por el contrario, y aun cuando los efectos que produce la adopción de la medida cautelar podría de alguna manera anticipar los efectos de una sentencia favorable, lo cierto es que no lo sería de manera irreversible.

Por el contrario, la **STS de 17 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 1452/2010, considera improcedente la solicitud de suspensión de una denegación de solicitud de inscripción en el Catálogo de Aguas de un pozo. Y es que, en este caso, la medida cautelar que se propugna no está destinada al mantenimiento del *statu quo*, sino que tiende, precisamente, a su modificación, pues el otorgamiento de la medida conllevaría el surgimiento de una situación jurídica individualizada. Lo que se solicita no es propiamente la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, sino una medida cautelar positiva consistente en el otorgamiento provisional y cautelar (mientras se resuelve el litigio) de una inscripción en el Catálogo de Aguas que ha sido denegada por la Administración. Además, los eventuales perjuicios a los intereses particulares serían, en todo caso, reparables mediante indemnización, mientras que la suspensión podría acarrear perjuicios irreparables para el interés público.

De igual forma, la **STS de 25 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 2060/2010, determina la improcedencia de la suspensión de la ejecución del acto administrativo por dar primacía del interés público sobre el interés particular en una recuperación de oficio de parcela del dominio público marítimo-terrestre sobre la que se halla edificada una vivienda de titularidad del recurrente.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

a) Revisión de oficio de acto nulo: título habilitante

La **STS de 1 de marzo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 5042/2008, se pronuncia sobre el procedimiento para revisar un error

en la expedición del título de capacitación profesional para el ejercicio de la actividad de transporte interior e internacional. La Sala de instancia declara la nulidad de la resolución de la Dirección General de Transportes de Madrid, que procede a corregir este acto declarativo de derechos sin seguir el procedimiento de revisión de actos administrativos. El Tribunal Supremo considera que este proceder es erróneo y sostiene que la citada resolución no incurre en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho aducidas [art. 62.1.a), b) y e)], en cuanto que, en razón a su naturaleza y contenido, no cabe calificar dicha resolución de revocatoria de un acto nulo que obligue a seguir el procedimiento de revisión de actos administrativos, a que alude el art. 102 LRJPAC.

b) Revisión de oficio de acto nulo: actos contradictorios

La **STS de 4 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 829/2007, conoce de un asunto muy complejo, en el que se entremezclan dos procedimientos administrativos paralelos, que concurren sobre un mismo ámbito (permiso de funcionamiento de una sala de bingo) y que, finalmente, son contradictorios. Como no son compatibles, la Administración autonómica competente se plantea la necesidad de anular uno de ellos. El Tribunal Supremo casa la Sentencia de instancia por considerar que la decisión administrativa que resuelve el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho no es ajustada a derecho, en contra de lo declarado en la Sala de instancia, ya que el acto nulo de pleno derecho no es el que aquélla así declaró, sino el contradictorio con él, puesto que el considerado ajustado a derecho por la Administración fue nulo de pleno derecho por haber invadido, el órgano de la Administración que lo dictó, atribuciones propias de la Jurisdicción Civil.

B) Recursos administrativos

a) Cómputo del plazo del recurso desde la publicación, no desde la notificación personal

La **STS de 7 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 599/2007, recuerda la jurisprudencia de esta misma Sala conforme a la cual se señala que, si después de la notificación personal a los interesados, sobreviene la publicación del acto administrativo, el plazo para impugnar debe computarse desde esta última. Eso sí, el Tribunal es consciente de que esta jurisprudencia se refiere al cómputo del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo; sin embargo, por existir identidad de razón, defiende que el mismo criterio debe aplicarse cuando se trata del cómputo del plazo para interponer un recurso en vía administrativa.

b) Cómputo de los plazos que se cuentan por meses

La **STS de 17 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 5569/2006, recuerda la jurisprudencia reiterada de esta misma Sala conforme a la cual se señala que, a pesar de la reforma de 1999 de la LRJPAC, la regla «de fecha a fecha» subsiste como principio general del cómputo de los plazos que se cuentan por meses, a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos.

c) Legitimación de recurrentes en alzada

La **STS de 7 de febrero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 599/2007, sostiene que no existe infracción de los arts. 32 y 115 de la LRJPAC por falta de legitimación de una Asociación ecologista para recurrir el acto autonómico impugnado (relativo a una concesión de un vertedero de residuos industriales). La Sala, recordando el criterio del Tribunal de instancia, señala que los Estatutos de la asociación ecologista establecen, como fin, entre otros, personarse como parte interesada participando en la vía jurídica o administrativa, así como promover o realizar actos reivindicativos en todos los proyectos que afecten tanto al medio ambiente como a la conservación y defensa de la naturaleza. Además, la sentencia de instancia destaca también que no cabe cuestionar en vía judicial la legitimación de quien recurrió en alzada sin ser cuestionada entonces su legitimación. Dado que de los recursos de alzada se dio traslado a la empresa ahora recurrente en vía jurisdiccional y que ésta realizó alegaciones sin aducir defecto o falta de legitimación, no cabe que, luego, en el proceso judicial, pretenda denunciar un defecto de legitimación que no adujo en la vía administrativa.

6. VALIDEZ E INVALIDEZ

A) Defectos de forma

a) Carácter no invalidante de las irregularidades en procedimiento selectivo que no son causa de indefensión

La **STS de 17 de enero de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.ª), recurso de casación núm. 5783/2007, analiza, entre otros extremos, las consecuencias que se derivan del acuerdo del tribunal calificador de un procedimiento de selección de personal, de no proceder a la lectura pública del tercer ejercicio de tal proceso selectivo. Pues bien, el Tribunal Supremo parte [FD 6.º D)] de afirmar que las bases de la convocatoria no dejaban al arbitrio del tribunal calificador la lectura pública de los ejercicios, ni puede considerarse una decisión propia del ámbito de la discrecionalidad técnica que le asiste la de disponer que se efectuara o no. Si las bases dicen que el tribunal acordará esa lectura pública, así debía hacerlo. Otra cosa es la determinación de las consecuencias jurídicas de tal omisión [FD 6.º F)]. Pues bien, el Tribunal de instancia declaró la nulidad de este acuerdo del tribunal calificador y ordenó la retroacción, por considerar que la lectura pública era una forma esencial. Comparte el Tribunal Supremo la idea de que la lectura pública de los ejercicios de una oposición sirve como garantía frente a la discrecionalidad del tribunal calificador y, además, le permite contrastar los conocimientos reales de los aspirantes. Sin embargo, no comparte la consecuencia porque considera que la declaración de nulidad no es proporcionada y no se ajusta a lo previsto por el art. 63.2 LRJPAC, porque no hay elementos que permitan concluir que el defecto formal producido causó indefensión o impidió que los ejercicios se calificaran con arreglo a sus merecimientos los ejercicios de los distintos aspirantes, ya que todos ellos obran en el expediente y pueden ser contrastados.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONTRATO DE CONCESIÓN. CONCEPTO.
3. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.
4. CARÁCTER DE LOS PLIEGOS DEL CONCURSO Y ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO.
5. FECHA DE EXPEDICIÓN DE LAS CERTIFICACIONES Y ABONO DE INTERESES DE DEMORA.
6. REVISIÓN DE PRECIOS.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de marzo a junio de 2011, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. CONTRATO DE CONCESIÓN. CONCEPTO

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2011** (Asunto C-274/09, Caso Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler contra Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau y otros), reitera el principio general a tenor del cual la cuestión de si una operación debe calificarse o no de concesión de servicios o de contrato público de servicios ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión, y no de la normativa de derecho interno. Desde esta perspectiva precisa que la Directiva 2004/18, artículo 1, apartados 2 y 4, permite inferir que la diferencia entre un contrato público de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida que, sin ser la única, es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida

de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago. Y en este sentido, en el caso de un contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros responde a la exigencia de una contrapartida, establecida en el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18. Además, como elemento diferenciador añadido, para el Tribunal de Justicia la concesión de servicios implica que el concesionario asume el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. Por ello, la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios.

Desde estos parámetros, el Tribunal de Justicia concluye que el contrato suscrito entre la mancomunidad de municipios de Passau y Malteser Hilfsdienst eV y la Bayerisches Rotes Kreuz, por el que se transfirió a los prestadores elegidos, por un período de varios años, toda la ejecución técnica, administrativa y financiera de las prestaciones de servicios de socorro y detención de incendios, y que conforme al Derecho interno se calificó como contrato de concesión de servicios, debe por el contrario ser calificado conforme al Derecho de la Unión Europea como un contrato de servicios, dado que la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional.

3. TIPOLOGÍA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La distinción efectuada por la Directiva 2004/18, en relación a los contratos de servicios, distinguiéndolos en su Anexo II, A y B, responde a la naturaleza específica de ambos, que permite establecer la presunción de que los segundos no presentan *a priori* un interés transfronterizo que pueda justificar que su adjudicación se produzca mediante un procedimiento de licitación, al que se atribuye el efecto de permitir a empresas de otros Estados miembros tener conocimiento del anuncio de licitación y presentar sus ofertas. No obstante, incluso dichos contratos, en el supuesto de que presenten un interés transfronterizo cierto, se hallan sujetos a los principios generales de transparencia y de igualdad. Desde esta premisa, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2011** (Asunto C-95/10, Caso Strong Segurança, SA contra Municipio de Sintra y otros) afirma que el sistema establecido por la Directiva 2004/18 no impone directamente a los Estados miembros la obligación de aplicar también el artículo 47, apartado 2, de la misma Directiva (capacidad económica y financiera) a los contratos públicos de servicios incluidos en el anexo II.B de ésta. Incluso en el supuesto de que tal contrato tenga efectos transfronterizos, la inaplicación del artículo 47.2 de la Directiva no implica para el Tribunal de Justicia

la vulneración del principio de transparencia. Y ello porque la imposibilidad de que un operador económico invoque las capacidades económicas y financieras de otras entidades no guarda relación con la transparencia del procedimiento de adjudicación de un contrato. Tampoco se vulneraría el principio de igualdad de trato, ya que una interpretación contraria llevaría a eliminar la distinción entre ambos tipos de contratos de servicios. Ahora bien, aunque la Directiva no imponga directamente la aplicabilidad del artículo 47.2, tampoco prohíbe a los Estados miembros y, en su caso, a las entidades adjudicadoras prever en su legislación y en la documentación relativa al contrato, respectivamente, la aplicación de la disposición mencionada a tales contratos.

4. CARÁCTER DE LOS PLIEGOS DEL CONCURSO Y ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO

La **STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 913/2009), reitera la configuración de los Pliegos como «la ley del concurso», por lo que en caso de no haber sido recurridos de forma autónoma, no podrán ser posteriormente cuestionados al socaire de la impugnación de la adjudicación. En todo caso, la Sentencia confirma la adecuación a derecho de la posibilidad de limitar en ellos la extensión de la presentación escrita de la oferta a un número determinado de folios, o la posibilidad de restringir el objeto social de las licitadoras a actividades relacionadas con el objeto del contrato.

La adjudicación del contrato debe estar fundamentada en los criterios objetivos de valoración fijados por el Pliego. La decisión del órgano de contratación se configura, como precisa la comentada STSJ de Madrid de 2 de marzo de 2011, como el «núcleo duro» de la discrecionalidad técnica de la Administración, inmune a la revisión jurisdiccional, ya que lo contrario supondría sustituir la apreciación (opinable) de aquélla por la apreciación (igualmente opinable) del Juez, auxiliado —o no— por un Perito, prevaleciendo esta última, única y exclusivamente, por su posición institucional, sin que la opinabilidad de ambas apreciaciones autorice a sustituir la valoración inicial de la Administración, a menos que *grosso modo* se advirtiesen errores materiales evidentes y sustanciales o una clara arbitrariedad. Pero para ello resulta indispensable que dicha motivación no esté constituida por la mera expresión numérica, puesto que ello impide conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados.

5. FECHA DE EXPEDICIÓN DE LAS CERTIFICACIONES Y ABONO DE INTERESES DE DEMORA

En el recurrente tema de las reclamaciones por la tardanza en el pago de obras ejecutadas por el contratista, la **SAN de 10 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 437/2010), reitera la obligación de la Administración contratante de proceder al pago en el plazo de 2 meses desde la fecha en que debió legalmente expedirse la certificación de obra, con independencia de que tales obras no estuviesen incluidas en un modificado en tramitación y hubiesen sido ordenadas por razones de seguridad por el Director de la Obra, sin que su pago pueda vincularse a la fecha de aprobación del citado modificado. En todo

caso, la Sentencia reitera la necesidad de que la prueba de la finalización de la ejecución de las obras y, en su caso, su recepción tácita sea aportada por el contratista cuando éste disienta de la fecha fijada por la Administración.

En todo caso, debe tenerse presente, como reitera la **SAN de 28 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 776/2009), que sobre los intereses de demora pueden reclamarse a su vez los correspondientes intereses de demora. Y ello porque resulta aplicable el artículo 1109 del Código Civil sin que sea exigible un previo acto administrativo, pues tales intereses se generan *ex lege*, a fin de resarcir los daños y perjuicios ocasionados al acreedor cuando éste tenía derecho a percibir una cantidad exigible y líquida, en cuanto con una simple operación matemática pudo calcularse lo debido (la cantidad era liquidable). Y tales intereses serán debidos desde la interposición del recurso jurisdiccional que tendrá consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil.

6. REVISIÓN DE PRECIOS

La anteriormente citada **SAN de 10 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 437/2010), reitera la doctrina fijada en relación con el artículo 109 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actual artículo 82 de la Ley 30/2007), precisando que cuando ese artículo sólo admite excepcionalmente que el importe de la liquidación por revisión de precios se haga en el momento de la liquidación del contrato cuando no haya podido incluirse en las certificaciones o pagos parciales, exige por parte de la Administración una justificación positiva de tal proceder, puesto que en caso contrario, el contratista se convertiría en financiador de la obra ya ejecutada, teniendo en cuenta que la revisión de precios permite establecer el equilibrio económico del coste real de la obra en el momento de su ejecución. En la misma línea se sitúa la **SAN de 28 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 776/2009).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) Alteración de términos municipales. Necesidad de probar la existencia de un núcleo de población territorialmente diferenciado.

B) Autonomía local.

a) Control de la Administración autonómica sobre la potestad de planeamiento del Ayuntamiento. Falta de motivación y justificación de la ordenación propuesta en la Memoria del Plan.

b) Dimensión financiera.

C) Competencias municipales.

a) Regulación de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas.

b) Ordenanza local sobre régimen de gestión y control de licencias urbanísticas de actividades. El Ayuntamiento carece de competencia y de cobertura legal para diseñar en los términos en los que lo ha hecho la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas de verificación, inspección y control de actividades.

D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones locales. Derechos de los concejales no adscritos. La decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, vulnera el art. 23 de la CE al afectar al núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal.

E) Impugnación de acuerdos de las entidades locales.

a) Doctrina legal sobre el cómputo del plazo para formular requerimiento de anulación de acuerdos que infringen el ordenamiento jurídico en virtud del art. 56.1 de la LBRL.

b) Legitimación activa del Concejal que no votó por inasistencia la resolución para proceder a su impugnación.

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

Las orientaciones jurisprudenciales actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente.

3. COMUNIDADES DE REGANTES.

Naturaleza jurídica: Corporaciones de Derecho Público cuya finalidad es la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para sus aprovechamientos colectivos, en régimen de participación por los interesados.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Alteración de términos municipales. Necesidad de probar la existencia de un núcleo de población territorialmente diferenciado

La **STS de 15 de febrero de 2011** (recurso 6465/2008) resuelve que no ha lugar el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de octubre de 2008 que denegaba la solicitud de segregación del núcleo del Puerto de Sagunto.

La Sentencia revisa los fundamentos de derecho de la de instancia, centrándose especialmente en el examen de concurrencia del requisito relativo a la existencia de un núcleo de población territorialmente diferenciado, requisito exigido por el art. 13.2 de la LBRL y normas concordantes. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, desde los años 80 y especialmente desde el PGOU de 1992 se plasmó la idea de que ambos núcleos de población, Sagunto y Puerto de Sagunto, queden unidos por una franja de terreno, que se clasifica como urbano o urbanizable, de modo que, una vez ejecutados los proyectos ya aprobados, puede considerarse se producirá una unidad urbana, además que teniendo en cuenta que por razones principalmente geográficas, Sagunto y Puerto de Sagunto tienden a expandirse el uno hacia el otro, a la vez de estar vinculados por la red de abastecimiento de agua, saneamiento, transporte urbano de viajeros, etc., lo que lleva a considerar que no se ha acreditado que el Puerto de Sagunto tenga la vocación de núcleo de población territorialmente diferenciado, y que más bien, su tendencia es a unirse.

B) Autonomía local

a) Control de la Administración autonómica sobre la potestad de planeamiento del Ayuntamiento. Falta de motivación y justificación de la ordenación propuesta en la Memoria del Plan

El Ayuntamiento de Benalmádena aprobó provisionalmente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana, pero la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga, por acuerdo de 4 de marzo de 2003, denegó la aprobación definitiva de dicha revisión, en concreto en lo que hace referencia a «las determinaciones de la UE-86 por la elevada altura propuesta que no se integra en la estructura urbana existente en Arroyo Miel». El Ayuntamiento de Benalmádena recurrió en alzada este acuerdo, pero ante la falta de resolución expresa del procedimiento de impugnación, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada formulado.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante Sentencia de 30 de enero de 2007, estimó el recurso al entender que se trataba de una actuación singularizada de innegable legalidad urbanística atendiendo a la autonomía local y que la ordenación propuesta respondía a un criterio razonable, debidamente justificado y compatible con el interés público, por lo que no infringía los límites de la potestad discrecional de planeamiento y no se trataba de una reserva de dispensación. Lo que buscaba el Ayuntamiento con esta actuación era modernizar el municipio, buscando el diseño y la originalidad y creando un centro neurálgico en el que destacaría un edificio emblemático.

La Junta de Andalucía recurre en casación esta sentencia, recurso que es acogido por **STS de 11 de abril de 2011** (recurso 2660/2007). En primer lugar, el Tribunal Supremo

recuerda la doctrina sobre el respeto a la autonomía local por las actuaciones de control autonómico de la potestad de planeamiento de los Ayuntamientos. Citando las SSTS de 26 de septiembre de 2006, 30 de diciembre de 2005, 5 de octubre de 2005 y 14 de noviembre de 2002, la Sala manifiesta:

> «El control que sobre la potestad de planeamiento de los ayuntamientos puede realizar la Administración autonómica debe respetar la autonomía municipal *[art. 140* de la Constitución y *art. 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local*], sin inmiscuirse, en principio, en los elementos discrecionales de interés local, como es la propia elección del modelo de ciudad. Así las cosas, la fiscalización por parte de la Administración autonómica ha de recaer sobre los elementos reglados del plan (documentos preceptivos, procedimiento establecido, estándares de dotaciones, límites de edificabilidad, etc.); y sobre los aspectos discrecionales que tengan incidencia supramunicipal. Pero, como señala la Sentencia de 26 de junio de 2008 (casación 4610/2004), la Administración autonómica también ostenta la potestad de control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, *ex art. 9.3 de la Constitución Española*.
>
> En relación con lo anterior, la Sentencia de esta Sala de 4 de abril de 2003 (casación 8798/1999), cuya doctrina ha sido luego reiterada en Sentencia de 17 de febrero de 2009 (casación 10410/2004), —establece que— entre aquellos elementos reglados, susceptibles de ser revisados por la Comunidad Autónoma en el acuerdo de aprobación definitiva se encuentran todos aquellos que, aunque no se resuelvan con la simple aplicación de una norma a la situación de hecho contemplada, sirven para dotar de lógica y coherencia interna al plan, pues respecto de ellos no cabe hablar de que el Ayuntamiento disponga de potestades discrecionales.
>
> Siendo ése el alcance del control que puede ejercer la Administración autonómica sobre la potestad municipal de planeamiento, fácilmente se comprende la importancia de que el instrumento de planeamiento promovido por el Ayuntamiento cuente con la debida motivación, que se materializa a través de la Memoria del Plan de que se trate, sin perjuicio de las explicaciones y justificaciones que también puedan encontrarse en otros apartados de la documentación que integra el Plan. La exigencia de motivación tiene la mayor relevancia, y no ya como requisito formal sino también, y sobre todo, en el plano sustantivo, como cauce primordial para que pueda ejercerse el control por parte de la Administración autonómica en aquellos aspectos que ésta puede y debe fiscalizar, y también, claro es, para el ulterior control en vía jurisdiccional.
>
> En cuanto al grado de concreción exigible a la motivación contenida en la Memoria del instrumento de planeamiento, una reiterada jurisprudencia viene a señalar que cuando se trata de un Plan General nuevo o de una Revisión del planeamiento en la que los cambios que afectan a todo el término municipal o a una gran parte del mismo, no cabe exigir una explicación pormenorizada de cada determinación, bastando que se expliquen y justifiquen las grandes líneas de la ordenación propuesta; y que será necesaria una motivación más concreta y detallada a medida que se desciende en la escala de los instrumentos de desarrollo. Pueden citarse en este sentido las Sentencias de 25 de julio de 2002 (casación 8509/1998), 11 de febrero de 2004 (casación 3515/2001) y 26 de enero de 2005 (casación 2199/2002)».

Sin embargo, aquí nos encontramos ante una revisión del Plan General y la Memoria debería contener alguna explicación referida a la ordenación de la unidad UE-86, que cuenta con unas características especiales y con un edificio de altura muy superior a la

del resto del municipio, lo que para el Ayuntamiento constituye una referencia visual del municipio y una muestra representativa de una determinada técnica de diseño urbano. No obstante, debe tomarse en consideración que las justificaciones que llevan a la Sala de instancia a considerar suficiente la motivación de esta ordenación singular no están previstas en la Memoria, ni en ningún otro documento integrante del expediente administrativo, sino que proceden de la documentación que, después del trámite de conclusiones, la Sala de instancia requirió al Ayuntamiento de Benalmádena como diligencia para mejor proveer. En particular, los datos que la Sala de instancia deja reseñados proceden, como la propia sentencia indica, del anteproyecto de edificio singular que el Ayuntamiento remitió en respuesta a dicho requerimiento. Pero nada se dice en la sentencia sobre las explicaciones que, acerca del mencionado edificio singular, pudieran contenerse en la Memoria del Plan General o en cualquier otro documento del expediente administrativo, ya que tales explicaciones no existieron. Por ello, el Ayuntamiento no pudo señalar, ni en el recurso de alzada, ni en la demanda ante el Tribunal Superior de Justicia, en qué apartado de la Memoria o de la documentación del Plan General se encontraba la explicación o justificación de la ordenación singular que pretendía asignarse a la unidad UE-86, cuyas determinaciones se apartan claramente de las previstas para el resto del municipio.

Consecuencia de lo anterior, el Tribunal considera que tiene razón la Junta de Andalucía cuando señala que la falta de justificación en la Memoria y en el resto de los documentos que integran el Plan General no puede considerarse suplida o subsanada *a posteriori* mediante la documentación que el Ayuntamiento de Benalmádena remitió a la Sala de instancia en la diligencia para mejor proveer a la que ya nos hemos referido. «En la medida en que la sentencia recurrida considera suficiente esa justificación *a posteriori,* el motivo de casación debe ser estimado, pues es contrario a la naturaleza de las cosas y a la propia funcionalidad de la motivación que ésta se omita por entero en la documentación del Plan General y pretenda ofrecerse luego, en unas tardías explicaciones remitidas al final del proceso y para dar respuesta al requerimiento que la Sala de instancia...». La falta de justificación en estos términos es suficiente para estimar el recurso de casación.

b) Dimensión financiera

La **STS de 23 de diciembre de 2010** (recurso 5523/2009) inaugura una larga lista de sentencias que analizan el tema de la dimensión financiera de la autonomía local a la luz de una solicitud de compensación fiscal de varios Ayuntamientos al Estado por la bonificación fiscal reconocida a las sociedades concesionarias de autopistas de peaje. La fundamentación de esta primera sentencia se reproduce en las **SSTS de 23 de diciembre de 2010** (recursos 5518/2009, 6958/2009 y 423/2010), **27 de diciembre de 2010** (recursos 5988/2007, 1210/2008, 5191/2009), **13 de enero de 2011** (recurso 57/2009), **17 de enero de 2011** (recurso 1009/2010), **19 de enero de 2011** (recurso 5032/2009), **10 de febrero de 2011** (recurso 325/2010), **14 de febrero de 2011** (recurso 3079/2009), **24 de febrero de 2011** (recurso 419/2010) **y 3 de marzo de 2011** (recurso 3494/2009). En la primera sentencia, que es sobre la que vamos a centrar nuestro comentario, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la Administración General del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de julio de 2009, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por la Diputación Provincial de Castellón contra la Resolución de 17 de septiembre de 2007, del Director General de Coordinación Financiera

con las Entidades Locales de la Secretaría General de Hacienda, por la que se denegaba la solicitud de compensación de la bonificación del 95% de la cuota del Impuesto de Bienes Inmuebles, ejercicios 2003 a 2006, respecto del inmueble de cuya referencia catastral es responsable la empresa concesionaria de la autopista de peaje AP-7.

La Sala de instancia consideró que la falta de previsión expresa en la Ley de Autopistas de 1972 de la compensación a las Corporaciones Locales por los beneficios no significaba que ésta no pudiera proceder, por lo que concluía que la AGE había de satisfacer a las corporaciones locales las cantidades derivadas de la compensación de la bonificación del IBI establecida en la Ley de Autopistas, si bien excluyendo de tal compensación a los intereses.

Antes de entrar en la resolución del asunto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo inadmite por razón de la cuantía la pretensión casacional ejercitada por la Abogacía del Estado en relación con el ejercicio 2003 (FJ 3 de la sentencia), declarándose la firmeza de la sentencia recurrida respecto al mismo, lo que contrasta sin duda con el contenido estimatorio del recurso de casación en relación con las pretensiones relativas a los ejercicios 2004 a 2006, considerando el Tribunal Supremo que el Ayuntamiento no tiene derecho a ser resarcido por el Estado debido a las sumas que dejó de percibir durante estos últimos años como consecuencia del reconocimiento a la compañía concesionaria de la autopista de peaje AP-7, de una bonificación del 95% sobre la cuota de la contribución territorial urbana.

La sentencia analiza el marco normativo de la materia. Así, la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, de Carreteras en régimen de concesión, contempló la posibilidad de que el Gobierno concediese determinados beneficios fiscales a las personas que se dedicasen a la explotación de carreteras en ese régimen. Por Ley 41/1967, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario (su texto refundido fue aprobado por Decreto 1251/1966, de 12 de mayo), se dio a la contribución territorial urbana el carácter de impuesto estatal. Posteriormente, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Explotación y Conservación de Autopistas en Régimen de Concesión, contempló como beneficio fiscal una reducción de hasta el 95% en la base imponible de la contribución territorial urbana que recayese sobre el aprovechamiento de los terrenos destinados a autopistas de peaje. A partir del 1 de enero de 1979, en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, dicha contribución se convirtió en un tributo local de carácter real. El texto refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, abordó una nueva regulación de la contribución territorial urbana. En su art. 263 reconoció la mencionada bonificación del 95%, cuando se hubiese reconocido expresamente en virtud de precepto legal, aunque la STS de 9 de diciembre de 1997 consideró que dicho Real Decreto Legislativo incurrió en *ultra vires* por volver al sistema de bonificación fija del 95%, cuando antes era variable hasta dicho porcentaje máximo. En fin, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, vino a sustituir la contribución territorial urbana por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, sin contemplar una bonificación como la litigiosa, aunque su Disposición Transitoria Segunda reconoció, a quienes al comienzo de la aplicación del IBI gozasen de cualquier clase de beneficio fiscal sobre la antigua contribución, el derecho a seguirlo disfrutando hasta la fecha de su extinción, y, si no la tuvieren, hasta el 31 de diciembre de 1992. Por tanto, «el Estado otorgó un beneficio fiscal a la empresa concesionaria sobre un tributo propio, beneficio que se prolonga hasta la expiración del título concesional una vez que, a partir del 1 de enero de 1979, dicho gravamen pasó a ser local, si bien de gestión estatal».

Entrando ya en el asunto, el Tribunal Supremo analiza la dimensión financiera del principio de autonomía local:

> «No constituye un principio "clásico" de nuestro sistema administrativo, fundado en la suficiencia financiera de los Entes Locales, que el Estado deba compensarles en todo caso y circunstancia por los beneficios que establezca sobre los tributos locales.
>
> Se ha de recordar que el reconocimiento de la autonomía local, tanto en el plano doméstico *(arts. 137 y 140 de la CE*) como en el internacional *[Carta Europea de la Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985* y ratificada por España el 20 de enero de 1988 (BOE de 24 de febrero de 1989)] se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo indisponible por el legislador. Se trata de que tales instancias sean reconocibles como entidades dotadas de autogobierno (SSTC 159/2001, FJ 4 y 240/2006, FJ 8). Nada más y nada menos. El constituyente no fue más allá de la proclamación de esa garantía institucional, a la que no dotó de una configuración concreta, tarea que defirió al legislador ordinario (SSTC 32/1981, FJ 3 y 159/2001, FJ 4).
>
> Así, pues, la autonomía local, una vez asegurado aquel contenido mínimo, constituye un concepto jurídico de contenido legal, de libre configuración para el titular de la potestad legislativa (SSTC 170/1989, FJ 9 y 240/2006, FJ 8). Con carácter general, ese legislador es el estatal, en virtud de su competencia exclusiva en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas *(art. 149.1.18.ª de la CE*), que ha de ejercer a través de la legislación reguladora de las bases del régimen local (SSTC 159/2001, FJ 4 y 240/2006, FJ 8).
>
> Tratándose de la dimensión económica, esa autonomía de la que gozan los entes locales tiene dos vertientes, la de los ingresos y la de los gastos. En el primer aspecto, el *art. 142 de la CE*, al señalar que las Haciendas Locales deben disponer de medios suficientes para el desempeño de sus funciones, no les garantiza la autonomía económico-financiera, sino idoneidad y la capacidad de los recursos propios —patrimoniales o tributarios— para el cumplimiento de sus funciones (SSTC 96/1990, FJ 7; 166/1998, FJ 10, y 48/2004, FJ 10). En definitiva, la Constitución garantiza la suficiencia de los medios financieros de los Entes Locales, no su autonomía financiera. Se trata de que dispongan de los caudales precisos para ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas (SSTC 104/2000, FJ 4 y 48/2004, FJ 10). En la otra dimensión, la de los gastos, el *art. 142*, en conexión con el *art. 137, los dos* de la Norma Suprema, no sólo consagra el mencionado principio de suficiencia, sino la autonomía, entendiéndola como la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo la propia responsabilidad, los gastos necesarios para el ejercicio de las competencias locales (SSTC 109/1998, FJ 10 y 48/2004, FJ 10).
>
> La misma visión proporciona la *Carta Europea de Autonomía Local, cuyo art. 9* habla de recursos propios suficientes y proporcionados para el ejercicio de las propias competencias (apartados 1 y 2).
>
> De este bloque de doctrina, que hemos reproducido con las mismas o parecidas palabras en nuestras Sentencias de 20 de febrero de 2009 (recursos de casación núms. 3949/2006, FD 5; 3966/2006, FD 6; 4480/2006, FD 5; 4678/2006, FD 6; y 5110/2006, FD 6); de 11 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 5940/2007, FD 5); de 2 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 255/2007, FD 6); y de 8 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 5765/2007, FD 5), se obtiene que nuestra Constitución y las normas internacionales que nos vinculan garantizan la suficiencia financiera de los Entes Locales, pero no imponen que, cuando el Estado dispone beneficios fiscales sobre tributos de esos entes, deba compensarles por el importe que dejen de ingresar debido a la ventaja».

El Tribunal considera, además, que la Sala de instancia inaplica conscientemente el art. 9.2 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en virtud del cual «las leyes por las que se establezcan beneficios fiscales en materia de tributos locales determinarán las fórmulas de compensación que procedan: dichas fórmulas tendrán en cuenta las posibilidades de crecimiento futuro de los recursos de las Entidades locales, procedentes de los tributos respecto de los cuales se establezcan los mencionados beneficios fiscales». En consecuencia, tal y como se recordó en la STS de 13 de octubre de 2009, los Ayuntamientos deben soportar la carga o el gasto fiscal inherente a las bonificaciones que haya concedido el Estado, pues «es justo y necesario que los municipios soporten su parte de carga o coste presupuestario de las exenciones y bonificaciones, cuando el motivo o la razón que las justifica es el interés general» (SSTS de 17 de enero de 1997, 26 de junio de 1997 y 3 de julio de 1997). Por ello, «el derecho municipal a una compensación se aplica a los beneficios fiscales de matiz subjetivo, pero no a los que se atribuyen a una actividad provechosa para la economía nacional en general».

Por tanto, entiende el Tribunal que «ni los compromisos internacionales asumidos por España, ni nuestra Constitución, ni la legislación ordinaria imponen, de forma ineluctable, al Estado la obligación de transferir a los Ayuntamientos las cantidades que dejen de percibir como consecuencia de los beneficios fiscales que haya otorgado u otorgue sobre tributos locales. A la luz de los preceptos citados caben otras fórmulas de compensación, pues deben tenerse presente las capacidades de crecimiento futuro de los recursos de las Entidades Locales procedentes de los tributos respecto de los que establezcan los beneficios fiscales. El único límite estriba en la salvaguarda de la suficiencia financiera de los Entes Locales afectados y, por su cauce, del núcleo indisponible de la autonomía local». Como consecuencia, para que la compensación resulte procedente, su falta debe impedir el ejercicio, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, de las funciones que legalmente hayan sido constitucionalmente encomendadas al Ayuntamiento.

Aplicado todo lo anterior al presente caso debe decirse que, reconocida la compensación fiscal y mantenida hasta la extinción de la concesión por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Haciendas Locales, el Ayuntamiento no ha sufrido un detrimento patrimonial que ponga en peligro su suficiencia financiera, pues la cuota tributaria que, desde un primer momento, percibió, reflejaba la reducción propia del referido beneficio fiscal, por lo que no pasó a recaudar menores rendimientos de los que venía recibiendo, «porque el beneficio existía con anterioridad respecto de los que la nueva figura tributaria venía a sustituir». Por ello, resulta imposible concluir que por el establecimiento del beneficio y por su transitoria continuidad se ponga en entredicho la suficiencia financiera del Ayuntamiento afectado, lo que hubiese podido obligar al Estado a compensarle.

Tampoco desde la legalidad ordinaria debe nacer ese deber de compensación, pues lo dispuesto en el art. 9.2 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, —antes el 721 del texto articulado de 1955 y el 187 del texto refundido de 1986— se refiere a leyes que en el futuro establezcan beneficios fiscales en materia de tributos locales, vinculando en este caso la compensación a los beneficios dejados de percibir. Pero es que, además, el citado art. 9.2 de la LHL no condiciona al legislador estatal futuro, pues, según ha declarado el Tribunal Constitucional en sus SSTC 259/1988 y 159/2001, sólo la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local tiene una singular y específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico al ser el «cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institu-

cional» de la autonomía local, aunque recientemente se haya entendido que no se integra en el bloque de constitucionalidad» como ha defendido últimamente la STC 240/2006. Por tanto, el citado art. 9.2 de la LHL no vincula al legislador estatal para que establezca en el futuro beneficios fiscales sobre los tributos locales, sobre todo si tenemos en cuenta que es al propio Estado, a tenor de la competencia exclusiva en materia de hacienda general —art. 149.1.14.ª de la CE—, al que le incumbe en última instancia hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales (SSTC 48/2004, 179/1985, 96/1990, 237/1992, 331/1993, 171/1996, 233/1999 y 104/2000), valorando en cada momento histórico si los Ayuntamientos disponen de medios suficientes para ejercer sus competencias.

C) Competencias municipales

a) Regulación de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas. Doctrina jurisprudencial

Como ya vimos en el número 49 de esta Revista, cuando comentamos la STS de 6 de abril de 2010, de nuevo el Tribunal Supremo aborda la cuestión del alcance de la competencia municipal para imponer limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil. Ahora, la **STS de 15 de marzo de 2011** (recurso 4803/2007) desestima el recurso de casación interpuesto por una compañía de telefonía móvil contra la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2007, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la citada compañía contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valladolid de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprobaba la Ordenanza municipal sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación en el citado municipio. Dicha ordenanza establecía una limitación genérica de una estación base por cada 100 metros cuadrados de superficie circular y un límite genérico de 40 metros de altura y de una separación mínima de 300 metros entre instalaciones, valorándose favorablemente, para evitar el impacto visual, la compartición de las torres o mástiles entre los operadores, salvo que se justificase la imposibilidad técnica o jurídica de llevarla a cabo.

En su sentencia, la Sala de instancia partía de la determinación como competencias concurrentes de las atribuciones administrativas sobre la ordenación de las telecomunicaciones, recordando como ya se hizo en la STS de 15 de diciembre de 2003, la posibilidad de que los Ayuntamientos pudieran establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones en las correspondientes ordenanzas y reglamentos, «con el límite de que dicha regulación no se traduzca en restricciones absolutas del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que puedan reputarse desproporcionadas, y sea por otra parte respetuosa con el principio de proporcionalidad».

La Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recuerda cuál ha de ser el marco jurídico en el que se desarrolle el ejercicio de las competencias atribuidas a los Municipios cuando afecte a la regulación de las telecomunicaciones, y que ya fue expuesto en las SSTS de 15 de diciembre de 2003 y de 4 de julio de 2006:

> «1.º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

> Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de "calas y canalizaciones" o instalaciones en edificios [arts. 4.1.a) de la LRBRL y 5 del RSCL], tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [art. 25.2.a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [art. 25.2 b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [art. 25.2.c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [art. 25.2.d)], protección del medio ambiente [art. 25.2.f)], patrimonio histórico-artístico [art. 25.2.e)] y protección de la salubridad pública [art. 25.2.f)].
>
> 2.º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.
>
> Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.
>
> Pero, claro está, sin negar *in radice* la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados».

A partir de ahí, el Tribunal Supremo va justificando la validez de las limitaciones impuestas por la Ordenanza. La limitación del número de antenas a instalar en función de la superficie obedece a razones medioambientales y tiene lugar, normalmente, en relación con la delimitación de zonas sensibles por los Ayuntamientos, como ya se ha declarado en las SSTS de 17 de noviembre de 2009 y 27 de abril de 2010, cuya doctrina es la siguiente:

> «El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.
>
> Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.
>
> El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acontece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles —colegios, hospitales, parques y jardines públicos— es-

> tableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en las que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.
>
> De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles».

También, el Tribunal Supremo ha defendido en otras Sentencias como la de 16 de julio de 2008 o la de 15 de junio de 2010, la posibilidad de imponer limitaciones a los derechos de las operadoras con motivo de la protección del impacto visual.

Como la compañía de telefonía móvil no presentó prueba alguna que acreditara que los referidos preceptos de la Ordenanza municipal suponen la imposibilidad práctica de prestar el servicio en condiciones adecuadas o que de los mismos deriva un gravamen desproporcionado al ejercicio de sus derechos, no cabe otra solución que la desestimación del recurso de casación.

b) Ordenanza local sobre régimen de gestión y control de licencias urbanísticas de actividades. El Ayuntamiento carece de competencia y de cobertura legal para diseñar en los términos en los que lo ha hecho la colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas de verificación, inspección y control de actividades

En junio de 2009 el Ayuntamiento de Madrid aprobó la Ordenanza sobre régimen de gestión y control de licencias urbanísticas de actividades. Esta Ordenanza, que toma pie, según explica su preámbulo, en los principios de legalidad y eficacia administrativas y responde al objetivo de agilizar la gestión, diseña un modelo que da entrada a la colaboración de personas jurídico-privadas en el procedimiento de otorgamiento de las licencias de actividad. La Ordenanza encomienda a esas «entidades colaboradoras» la tarea inicial, que configura además como requisito imprescindible para la tramitación del procedimiento de otorgamiento, de comprobar y acreditar, mediante el oportuno certificado de conformidad, que la actividad pretendida por el interesado cumple los requisitos legales, así como la posterior del control periódico de la actividad, una vez autorizada. Para el ejercicio de esta doble función de verificación *ex ante* y control *ex post* de los requisitos la Ordenanza establece unas pocas reglas, desconocidas hasta entonces. Señaladamente obliga a los titulares de la actividad a abonar a la entidad colaboradora un precio con carácter previo al ejercicio de su función y a permitir a sus técnicos el acceso a sus instalaciones, así como a facilitar la información y documentación necesarias.

Ni que decir tiene que este modelo de gestión y, en particular, las reglas que acaban de recordarse chocaron desde el primer momento con una fuerte oposición entre los interesados. Tanta, de hecho, que varios de ellos acabaron por impugnar la Ordenanza ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**. Las dos **Sentencias de 17 de febrero de 2011** que ahora se refieren son prácticamente idénticas y resuelven dos de esos recursos contenciosos, concretamente los tramitados con los números 613/2009 y 701/2009, promovidos respectivamente por la Comunidad Autónoma de Madrid y por la Asociación de Empresarios de Espectáculos, Salas de Fiestas, Discoteca y Ocio. Aunque el Ayuntamiento de Madrid ha recurrido las dos Sentencias en casación y, por tanto, no son resoluciones firmes, su innegable interés justifica de sobra que recordemos ahora sus principales declaraciones.

Las dos Sentencias, que razonan, como se ha advertido, en términos idénticos, estiman los respectivos recursos interpuestos y, en consecuencia, anulan el grueso de los preceptos de la Ordenanza impugnada.

En lo que ahora más importa la Sala afirma, en primer lugar, que el hecho de que los interesados deban contratar forzosamente con una de esas entidades colaboradoras si quieren obtener una licencia o seguir ejerciendo la correspondiente actividad y la consecuente obligación de pagar el precio por la emisión del oportuno «certificado de conformidad», en el primer caso, o del «informe de control periódico», en el otro, supone establecer coactivamente una prestación patrimonial de carácter público en contra de la reserva de ley en materia tributaria del art. 31.3 de la CE. Pues, aun cuando «este sistema de colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones administrativas de verificación y control no es nuevo» en nuestro ordenamiento, sucede, no obstante, que todas las normas sectoriales que así lo prevén «tienen el rango formal de Ley exigido por el art. 31.1 de la CE», lo que ciertamente no es el caso toda vez que «la Ordenanza [cuestionada], si bien es una disposición general, no tiene rango formal suficiente para establecer este sistema».

También, en segundo lugar, las Sentencias concluyen, sirviéndose de la doctrina constitucional sobre el domicilio de las personas jurídicas, que la obligación de los titulares de la actividad de permitir el acceso de los técnicos de las entidades colaboradoras a sus instalaciones, y facilitar la información y documentación necesarias, es una previsión contraria a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el art. 18.2 de la CE, «pues obliga al titular de la actividad a autorizar a otro particular el acceso a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, sin hacer depender del consentimiento del titular la posibilidad de entrada, y además obliga a facilitar información y documentación necesaria, sin precisar qué tipo de documentación, documentos que pueden estar reservados al conocimiento de los demás».

En tercer lugar, las citadas Sentencias declaran asimismo que la obligación de disponer del oportuno certificado de conformidad como requisito o presupuesto para poder tramitar la solicitud de licencia y el procedimiento de reclamación contra su denegación en su caso que previene la Ordenanza, además de no conciliarse tampoco con la competencia exclusiva del Estado para determinar el procedimiento administrativo común *ex* art. 149.1.8 de la CE, causa indefensión a los interesados y, por tanto, pugna con el art. 24.1 de la CE. Pues, en su criterio, «el particular cuando no obtenga el Certificado de Conformidad, debe primero iniciar una reclamación ante la Entidad Colaboradora, ante la desestimación de esta reclamación debe dirigirse al Ayuntamiento, en el supuesto de que la Administración desestime su reclamación deberá acudir a la vía judicial. En caso de ser estimatoria la Sentencia en vía judicial, la parte lo único que habrá obtenido tras todo este largo peregrinaje será un certificado, que no licencia, de que la actividad es conforme a derecho. Y nuevamente debe dirigirse al Ayuntamiento para solicitar la licencia, licencia [que] podría ser denegada, y así nuevamente tendría que iniciar un nuevo recurso contencioso-administrativo [... de modo que] el sistema establecido puede dilatar en el tiempo notablemente la concesión de la licencia».

Finalmente las Sentencias, con remisión a lo hasta entonces razonado, consideran asimismo que el Título IV de la Ordenanza, en la medida que establece un catálogo de infracciones y sanciones que toma pie en el sistema de colaboración privada considerado y, en particular, en «las obligaciones que impone la Ordenanza al administrado en relación con las entidades colaboradoras en la gestión de licencias urbanísticas», pero para cuyo

diseño sin embargo el Ayuntamiento carece por lo dicho de la imprescindible competencia y suficiente cobertura legal, no es conforme a Derecho. Una declaración que la Sala extiende también luego, aunque en este caso sin ninguna explicación añadida, al Título V de la Ordenanza relativo a las multas coercitivas.

D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones locales. Derechos de los concejales no adscritos. La decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, vulnera el art. 23 de la CE al afectar al núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal

El Secretario General del Ayuntamiento de Majadahonda dirigió a los Secretarios de las comisiones informativas la circular núm. 1/2005 de fecha 7 de octubre de 2005 comunicando que, habiendo sido expulsados dos concejales del Grupo Municipal Popular y dejado en consecuencia de pertenecer a dicho Grupo, estos concejales debían ser convocados a las sesiones que celebrasen las distintas comisiones informativas a efectos de su asistencia a éstas con voz pero sin voto, conforme a lo dispuesto en el art. 4.1.b) del Reglamento orgánico de la corporación municipal, que establece que los miembros de la corporación tienen «derecho de asistencia y voto en las sesiones del Pleno y de las Comisiones Informativas de las que formen parte. Asimismo, podrán asistir a las sesiones de las Comisiones Informativas de las que no formen parte con voz pero sin voto».

En cumplimiento de esta circular los presidentes de las respectivas comisiones informativas convocaron a los citados concejales a las sucesivas sesiones de las correspondientes comisiones, en las que los interesados efectivamente participarían con voz pero sin voto. Por este motivo, los concejales interesados, luego de impugnar jurisdiccionalmente sin éxito las respectivas convocatorias y acuerdos en cada caso adoptados, promovieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando la lesión de su derecho a participar en los asuntos públicos en condiciones de igualdad (art. 23 de la CE).

La **STC 20/2011, de 14 de marzo**, inicia una larga lista de sentencias constitucionales, todavía por cerrar y a la que en el período consultado simplemente siguen las **SSTC 43/2011, de 11 de abril, 48/2011 y 49/2011, de 13 de abril y 52/2011, 53/2011, 54/2011, 55/2011 y 56/2011, de 3 de mayo**, que resuelven los respectivos recursos de amparo interpuestos por los citados dos concejales.

La respuesta del Tribunal Constitucional es en todos esos casos siempre la misma. Recuerda, en primer lugar que, «pese a que la función de estas comisiones informativas no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, en la STC 32/1985, de 6 de marzo, ya dijimos, a propósito del papel de estas comisiones informativas en el proceso de toma de decisiones del Pleno, que sólo un formalismo que prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elaboración de las propuestas, que se adoptarán por mayoría de votos y recogerán el voto particular de quien así lo desee». Para a continuación declarar que, «a la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno en orden al ejercicio de la función de control así como para la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse, en sintonía con la STC 169/2009, de 9 de julio (FJ 4), que la decisión de permitir a los con-

cejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política *ex* art. 23 de la CE alegada por los recurrentes».

Con todo, el Tribunal advierte seguidamente, con cita de la STC 169/2009, FJ 4, que «de lo anterior no se deriva que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación». En consecuencia, para evitar la materialización del riesgo de esa sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación resulta necesario que, «ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 de la LBRL», se adopten «las disposiciones organizativas que procedan para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad».

Finalmente, el Tribunal se cuida de precisar el alcance del fallo de las respectivas Sentencias, toda vez que a la fecha de su pronunciamiento ha finalizado ya el mandato para el que los recurrentes en amparo fueron elegidos y en el que se adoptó la decisión municipal de privarles de derecho al voto en la correspondiente comisión informativa. En consecuencia, dada la imposibilidad por esa razón del pleno restablecimiento del derecho vulnerado por el Ayuntamiento, el Tribunal se limita a declarar, como es norma en este tipo de casos, la lesión del derecho del art. 23 de la CE y la nulidad del correspondiente acto de la corporación municipal que impidió su ejercicio y de las Sentencias recaídas en vía contencioso-administrativa que en cada caso lo confirmaron.

Incidentalmente importa notar, por último, que todos los recursos de amparo resueltos por las Sentencias constitucionales que se han dejado anotadas más arriba fueron interpuestos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LOTC. A estos recursos han seguido luego, como antes se ha señalado, otra larga lista de recursos de amparo interpuestos por los mismos recurrentes y con un contenido sustancialmente idéntico. En estas circunstancias y teniendo en cuenta en particular el requisito de la «especial trascendencia constitucional» que desde entonces exige el art. 50.1.b) de la LOTC como condición para la admisión del correspondiente recurso de amparo (según dicho requisito ha sido interpretado entre otras resoluciones por la STC 155/2009, de 25 de junio), se comprende mejor que el **ATC 46/2011, de 28 de abril**, haya desestimado el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de 22 de noviembre de 2010, que declaró inadmisible uno de esos otros recursos de amparo interpuesto con posterioridad a la citada Ley Orgánica 6/2007. Precisamente «por no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional que requiere el art. 50.1.b) de la LOTC para la admisión a trámite del recurso de amparo» [...], al existir ya doctrina del Tribunal «sobre el problema constitucional que se plantea [...] y [no concurrir] razones

para perfilar, aclarar o modificar dicha doctrina». Es razonable pensar que este Auto ha de marcar en lo sucesivo la pauta del Tribunal en la resolución de los recursos que todavía restan pendientes de un primer pronunciamiento.

E) Impugnación de acuerdos de las entidades locales

a) Doctrina legal sobre el cómputo del plazo para formular requerimiento de anulación de acuerdos que infringen el ordenamiento jurídico en virtud del art. 56.1 de la LBRL

La **STS de 25 de febrero de 2011** (recurso 8/2010), resuelve el recurso de casación en interés de la ley contra la Sentencia del TSJ de Cantabria de 2 de febrero de 2009 desestimatoria del recurso de apelación formulado contra Sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 3 de Santander de 15 de enero de 2009, declarando haber lugar a éste y fija como doctrina legal que «a los efectos del art. 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo se computará a partir de que la Administración estatal o autonómica reciban de la Entidad Local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.1 de la Ley».

La sentencia impugnada considera, al confirmar la dictada por el Juez de este orden jurisdiccional, que el requerimiento previsto en el art. 65.2 de la LBRL formulado por la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria al Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera aquí recurrido, es extemporáneo porque se realizó una vez que había expirado el plazo de 15 días. Esta extemporaneidad administrativa se fundamenta en que la Administración de la Comunidad Autónoma tuvo conocimiento del acto que se considera que infringe el ordenamiento jurídico *ex* art. 65.1 de la LBRL (una licencia de obras) cuando dicha licencia fue aportada al procedimiento sancionador por un tercero, concretamente por la promotora instruido por la Administración recurrente, y desde dicha incorporación hasta que se realiza el requerimiento, habían pasado más de 15 días.

En el fundamento de derecho segundo, la sentencia que se recurre señala que «ha de tenerse en consideración en este supuesto que, pese al incumplimiento de la obligación formal que pesa sobre el Ayuntamiento, no nos encontremos entre relaciones estrictamente interadministrativas. En este supuesto, se ve involucrado un tercero, la promotora, quien pone en conocimiento de la Administración autonómica la licencia y a partir de entonces puede confiar en que corre el plazo para su impugnación por quien tiene conocimiento de la misma. Frente a ella, no puede oponer el incumplimiento de deberes formales de otra Administración cuando tuvo pleno conocimiento de la licencia, siendo así que pudo, y de hecho impugnó en base a la copia que de la misma obtuvo de la promotora. Y respecto de la licencia, ni el Ayuntamiento otorgante ni la promotora resultan terceros. Por lo demás, la licencia se incorpora en su integridad, siendo así que como Administración controladora la apelante es conocedora de los plazos existentes para activar el control de legalidad vía art. 65 de la LBRL, siendo así que los preceptos invocados de la Ley 30/1992 suponen garantías dirigidas a los administrados frente a la Administración. (...)».

El TS entiende que resulta esencial en un modelo de organización territorial de un Estado compuesto, como el autonómico, establecer los principios y las normas a los que han de ajustarse las relaciones interadministrativas. Estos principios, previstos legalmente

y con carácter general en el art. 4 de la Ley 30/1992, encuentran su plasmación concreta, en el ámbito de las relaciones entre la Administración General del Estado o la Administración de la Comunidad Autónoma con las Entidades que integran la Administración local, en la legislación básica en materia de régimen local, a cuyo régimen jurídico nos remite el propio art. 9 de la Ley 30/1992. De modo que es la LBRL la norma de aplicación, concretamente los principios que establece el art. 55 de dicho texto legal —coordinación, respeto mutuo, facilitar información, cooperación y asistencia activa—, y sólo se aplicará supletoriamente, por tanto, lo dispuesto al respecto en la Ley 30/1992. Uno de los mecanismos esenciales para que la información sea efectiva es, precisamente, hacer cumplir el deber que el art. 56.1 de la LBRL impone a las Entidades locales de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas copia de los actos y acuerdos de aquéllas. Estamos ante un deber legal —«deber de remitir»—, —señala la ley— «copia o, en su caso, extracto compresivo de los actos y acuerdos», haciendo responsables del cumplimiento de ese deber a los secretarios y presidentes de la Corporación.

De manera que en este tipo de relaciones interadministrativas no basta cualquier conocimiento que llegue a tener la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma, sobre un acto o acuerdo de una Entidad local, ya se haya dado a conocer por un particular o por otros medios ajenos al que se diseña —por razones conexas con la lealtad institucional y con la seguridad jurídica— en el citado art. 56.1 de la LBRL. Por lo tanto, el plazo previsto en el art. 65.2 de la LBRL se inicia con la recepción del acuerdo o acto municipal, remitido por la Corporación local en cumplimiento del art. 56.1 de la citada Ley. Y, por tanto, no se puede anudar su inicio, *dies a quo*, a un conocimiento ajeno al cumplimiento de tal deber de remisión.

b) Legitimación activa del Concejal que no votó por inasistencia la resolución para proceder a su impugnación

La **Sentencia del TSJ de Madrid de 30 de diciembre de 2010** (recurso 215/2010), resuelve el recurso de apelación contra el Auto de inadmisión de 9 de marzo de 2010 del recurso contencioso-administrativo promovido por un concejal del Ayuntamiento de Carabaña que establecía la inadmisión por falta de legitimación activa del recurrente conforme a lo dispuesto en el art. 63.1 de la LBRL puesto que el acto recurrido es un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento aprobatorio de los presupuestos contra el que no votó el concejal impugnante que no acudió a la sesión.

El demandante alega que el Auto de instancia infringe el precitado artículo de acuerdo con la interpretación otorgada al mismo por el TC, por el TS y por el propio TSJ de Madrid, que excluye la aplicación del requisito en caso de que el impugnante no hubiera formado parte del órgano colegiado por causas ajenas a su voluntad o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios. Con carácter subsidiario invoca la infracción del art. 169.1, en relación con los arts. 170.1 y 171.1 de la LHL, en cuanto reconoce con carácter general la legitimación de cualquier interesado, miembro de la Corporación local o no, para recurrir los presupuestos.

El TSJ afirma que el Auto de instancia recoge de manera irreprochable la doctrina jurisprudencial referente al requisito procesal cuya ausencia advierte. Así, el art. 20.a) de la LJ priva de legitimación activa para impugnar la actividad de una Administración Pública

a sus órganos y a los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente. Esta autorización, en lo que ahora interesa, está prevista en el art. 63.1.b) de la LRBRL, que dispone: «Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: [...] Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos». Esta previsión resulta corroborada por el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Como consecuencia de estas normas, y en palabras de la STC 210/2009, «el concejal, por su condición de miembro —no de órgano— del Ayuntamiento [...] está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado —Pleno o Junta de Gobierno Local, allí donde ésta exista—, no hubiera votado en contra de su aprobación».

Esta conclusión admite matizaciones que igualmente ha destacado el TC: No es exigible el voto en contra cuando concurre en el impugnante la legitimación general del art. 19.1.a) de la LJ por afectar el acuerdo a los derechos e intereses personales que ostentan los miembros de los órganos colegiados (SSTC 220/2001 y 172/2006) y tampoco lo es cuando el impugnante no pudo intervenir en la adopción del acuerdo, ya por la naturaleza de éste, ya por no haber formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios (SSTC 173/2004, 108/2006 y 210/2009).

Podría entenderse comprendido entre estos supuestos de imposibilidad de intervención el de la defectuosa convocatoria de la celebración del acto en que adoptó el acuerdo, siempre que los defectos de que adolezca sean susceptibles de impedir materialmente al miembro del órgano colegiado su asistencia. En el supuesto de autos tal situación no es apreciable en cuanto el demandante fue convocado a la sesión y conocía perfectamente su existencia, como demuestra con claridad la remisión de un escrito para ser leído en ese acto plenario. Así pues, no puede afirmarse que el concejal aquí apelante se viera impedido de una manera efectiva de emitir su voto en contra del acuerdo municipal que ahora impugna.

Ahora bien, la incomparecencia privó al actor de emitir formalmente el voto en contra que la hubiera legitimado sin duda para el ejercicio de la acción ante los Tribunales, pero su oposición a la aprobación de los presupuestos fue manifiesta, lo que prueba asimismo el referido escrito. La postura del recurrente contraria a los presupuestos tuvo reflejo incluso en el acta que se levantó de la sesión, aunque no fuera emitida por el concreto trámite de la votación. Por otro lado, el TSJ no ignora, por haber conocido de otros graves enfrentamientos en el seno del Ayuntamiento, las abiertas discrepancias entre el grupo del partido político al que pertenece el apelante y el grupo mayoritario. El actual litigio parece ser una muestra más de las divergencias sobre este aspecto de la administración municipal.

Por lo tanto, pese a la falta de voto en contra del acuerdo del órgano colegiado, «es notorio el criterio opuesto del miembro que intenta ejercer la acción de impugnación ante los Tribunales. Ciertamente, puede cuestionarse si los términos del art. 63.1.b) de la LRBRL son susceptibles de una interpretación flexible y aliteral, de manera que fuera lícito equiparar la emisión del voto con otra manifestación de voluntad formalmente constatada de la oposición al acuerdo. Parece ser que en una línea afirmativa apunta la STC 210/2009. Pero la incertidumbre que, en este momento procesal, recae sobre esta circunstancia, decisiva para juzgar sobre la legitimación activa del recurrente, no aconseja decidir *a limine*

sobre ella, debiendo posibilitarse la actividad probatoria y alegatoria de las partes relativa al presupuesto de la legitimación, y resolver ya en Sentencia lo que proceda, todo ello en base al criterio jurisprudencial que preside la interpretación del art. 117.3 de la LJ, siempre restrictiva de cualquier obstáculo a decidir sobre el fondo del asunto (SSTS de 15 de septiembre de 2008, 28 de abril de 2008, 12 de febrero de 2009 y muchas otras)».

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

Las orientaciones jurisprudenciales actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente

La **STS de 21 de diciembre de 2010** (recurso 1360/2008), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la Sentencia que la Sala de lo Contencioso- Administrativo del TSJ de Canarias dictada el 11 de octubre de 2007, estimatoria del recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicación contra la Resolución de la DG de Industria y Energía de la Comunidad Autónoma de Canarias de 27 de junio de 2005, que decidió que los Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones carecen de atribuciones profesionales para redactar y firmar proyectos de instalaciones eléctricas en baja tensión. La sentencia de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo, anuló la resolución impugnada y declaró la competencia de los Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones para redactar y firmar proyectos de instalaciones eléctricas de baja tensión.

Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Canarias ha interpuesto recurso de casación contra esa sentencia, en el cual articula un solo motivo de impugnación, al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del art. 2.1 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, del art. 3.9 del Decreto 148/1969, de 13 de febrero y de la jurisprudencia del TS puesto que los proyectos de instalaciones eléctricas de baja tensión no están comprendidos (según exige el citado precepto legal) por su naturaleza y características en la técnica propia de la titulación de la Ingeniería Técnica de Telecomunicaciones.

El TS entiende, sin embargo, que no hay lugar al recurso de casación. A propósito de las atribuciones profesionales, el TS ha elaborado una doctrina general (véase Sentencia de 10 de noviembre de 2008) que, aunque no exenta de ciertas primeras vacilaciones, ha terminado por unificarse. Y es que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos. Debe considerarse ya resuelto el problema de las competencias de los Ingenieros Superiores y los Ingenieros Técnicos, siendo claro que corresponde a los primeros la elaboración y suscripción de proyectos, pero que por lo demás los Ingenieros Técnicos están capacitados para el más amplio ejercicio profesional a tenor precisamente de la normativa que se contiene en el art. 1 de la Ley 12/1986, de Atribuciones. Por otro lado, por principio no se pueden reservar ámbitos excluyentes a una profesión, de modo tal que en las actuaciones profesionales concretas no es contrario a derecho que se solapen unas profesiones y otras, ya que los respectivos profesionales pueden intervenir dependiendo de los conocimientos técnicos que posean. Es obvio que (...) sin que ello implique que todos los profesionales sirvan para

todo, debe mantenerse que en los supuestos concretos las profesiones próximas pueden intervenir también, ello sin perjuicio de que debe reconocerse siempre la posibilidad de que ejerzan la actividad concreta que corresponde a sus conocimientos más específicos a los profesionales directamente concernidos.

El TS no comparte las conclusiones que el Colegio recurrente pretende extraer de la jurisprudencia: el hecho de que en determinados casos haya encontrado el respaldo de los tribunales la reserva de puestos trabajo a uno o varios cuerpos, en modo alguno puede llevar a ignorar que en la jurisprudencia se detecta una clara tendencia a que sobre el principio de exclusividad y monopolio competencial prevalezca el principio de libertad de acceso con idoneidad. Una clara muestra de ello se encuentra en la STS de 10 de abril de 2010 que establece que «la jurisprudencia se orienta en el sentido de atender fundamentalmente al nivel de conocimientos que se derivan de los títulos profesionales pero huyendo de la determinación de una competencia exclusiva general». En el mismo sentido pueden verse las SSTS de 13 de noviembre de 2006, 2 de febrero de 2007, 5 de marzo de 2007, 21 de octubre de 1987, 27 de mayo de 1980, 8 de julio de 1981, 1 de abril de 1985y 27 de octubre de 1987 y SSTC 50/1986, 10/1989, 27/1991, 76/1996 y 48/1998 que «confirman que las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente».

3. COMUNIDADES DE REGANTES

Naturaleza jurídica: Corporaciones de Derecho Público cuya finalidad es la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para sus aprovechamientos colectivos, en régimen de participación por los interesados

La **STS de 1 de febrero de 2011** (recurso 5670/2006), resuelve el recurso de casación de una Comunidad de Regantes contra la Sentencia del TSJ de Valencia de 20 de julio de 2006 por la que se declara la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución de 24 de enero de 2003 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Júcar, desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la desestimación presunta de la solicitud formulada, por la Comunidad recurrente, en fecha de 12 de abril de 2002 en relación con aprovechamiento privativo de aguas del río Mijares.

El TS manifiesta en su FJ 3 que es la primera vez que se enfrenta a una recurso de casación en que la Sala de instancia declaró la inadmisión del recurso contencioso- administrativo interpuesto por una Comunidad de Regantes contra acto de una Confederación Hidrográfica en base a lo dispuesto en el art. 20.c) de la Ley Jurisdiccional, en que la *ratio decicendi* de la sentencia para declarar la inadmisión del recurso se funda en la interpretación que se realiza por la Sala respecto de la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes prevista en la Ley de Aguas, a las que considera Entidades de Derecho Público integradas en una misma entidad pública, esto es, la Confederación Hidrográfica del Júcar (art. 82.1 de la vigente Ley de Aguas), careciendo de legitimación la Comunidad de Regantes actora —según se expresa en la sentencia de instancia— en virtud de lo dispuesto en el apartado c) del art. 20 de la Ley Jurisdiccional para impugnar los actos del Organismo de Cuenca por tratarse de un órgano superior jerárquico perteneciente a la misma Administración.

El TS realiza un exhaustivo análisis de la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes, partiendo del art. 82 de la vigente Ley de Aguas que al regular la naturaleza y régimen jurídico de las comunidades de usuarios —género del que forma parte la clase de Comunidades de Regantes, art. 81.1— indica que tienen el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de Cuenca, que velará por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento, y que actuarán conforme a los procedimientos establecidos en la presente Ley, en sus reglamentos y en sus estatutos y ordenanzas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, añadiendo el art. 81 que los estatutos u ordenanzas, que redactarán y aprobarán los propios usuarios, y deberán ser sometidos, para su aprobación administrativa, al Organismo de Cuenca, regularán la organización de las comunidades de usuarios, así como la explotación en régimen de autonomía interna de los bienes hidráulicos inherentes al aprovechamiento.

Siendo la función pública primordial de las Comunidades de Regantes administrar y distribuir entre sus miembros los aprovechamientos colectivos de aguas públicas concedidas, en el ejercicio de tal función están investidas de una serie de potestades, de las que cabe destacar: 1) La potestad organizativa y normativa, por medio de tales Estatutos y Ordenanzas, teniendo en cuenta los contenidos organizativos mínimos relativos a la equidad para contribuir a los gastos, la garantía de los derechos políticos de sus miembros y el funcionamiento democrático de sus miembros; 2) La ejecutividad de sus actos, en los términos previstos en la Ley 30/1992; 3) La utilización de la ejecución sustitutoria para actos que impongan a los usuarios una obligación de hacer de carácter no personalísimo; 4) La utilización de la vía de apremio para el cobro de sus deudas líquidas, devengadas con motivo de gastos de conservación, limpieza y mejoras y por la administración y distribución de las aguas, con motivo de ejecución subsidiaria o deudas provenientes de multas e indemnizaciones impuestas por los Tribunales o Jurados de Riego; 5) La potestad de dirimir las controversias de hecho que se susciten entre los usuarios, así como de imponer multas por las infracciones previstas en las Ordenanzas e indemnizaciones, y 6) El carácter de beneficiarias de la expropiación forzosa y de la imposición de servidumbres. Todas estas potestades justifican que la Ley de Aguas someta su ejercicio a la tutela por el Organismo de Cuenca, que la ejercerá por dos vías: a través de la aprobación de sus Estatutos y Ordenanzas y sus modificaciones, con la salvedad de que no podrá denegar la aprobación de los estatutos y ordenanzas, ni introducir variantes en ellos, sin previo dictamen del Consejo de Estado; y, a través del recurso de alzada contra Acuerdos de la Junta General y la Junta de Gobierno.

La naturaleza de Corporación de Derecho Público también ha sido reseñada por el TC en su STC 227/1988, declarando que las comunidades de usuarios que regula la Ley son, como se indica expresamente en su art. 74.1, Corporaciones de Derecho público, adscritas al Organismo de cuenca o a la Administración hidráulica autonómica correspondiente, por lo que el Estado es competente para regular las bases de su régimen jurídico «Tratándose de Corporaciones de Derecho público, como es el caso de las comunidades de usuarios de aguas públicas, cuya finalidad no es otra que la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para los aprovechamientos colectivos de los mismos, en régimen de participación por los interesados». Ahora bien, junto a esta función pública, en las Comunidades de Regantes no cabe desconocer la existencia de un interés netamente privado, de carácter profesional, que estuvo presente en sus orígenes históricos, como agrupaciones de agricultores para la autogestión y distribución del agua del riego de un modo eficaz, ordenado

y equitativo, carácter que pervive en la actualidad, por más que la evolución histórica de estas agrupaciones se haya caracterizado por una tendencia a acentuar sus funciones públicas, aunque sin llegar a desnaturalizar o eliminar su carácter de agrupación privada para satisfacer los intereses de los comuneros.

Por ello, caber concluir que las Comunidades de Regantes forman parte de la denominada Administración Corporativa, caracterizados por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero que a la vez que satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta público-privada, al igual que otro tipo de entidades asociativas previstas en nuestro ordenamiento como son los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y las extinguidas Cámaras de la Propiedad Urbana.

Entrando en el fondo del asunto, el TS entiende que la interpretación que realiza la Sala de instancia para rechazar la legitimación de la Comunidad de Regantes para interponer el recurso contencioso-administrativo, no resulta correcta, pues las Comunidades de Regantes, aun tratándose de Entidades de Derecho Público, no están incursas en todo caso, siempre, en la falta de legitimación prevista en el epígrafe c) del art. 20 porque, aun adscritas al Organismo de Cuenca que ejerce sobre ellas las potestades de tutela únicamente en los supuestos previstos en la Ley de Aguas, realizan fines de naturaleza mixta, referidos tanto a la consecución del interés general como a la satisfacción de los intereses privados de los comuneros, revistiendo esta última actividad analogías con las organizaciones profesionales para la defensa de los intereses económicos propios (*ex* art. 52 de la Constitución). Esta naturaleza mixta público-privada de su actividad impide su incardinación indefectible como integrante de la Administración, vinculada o dependiente de ella en términos de superior jerárquico, existiendo una esfera importante de su actuación ajena e independiente de la Administración caracterizada por la consecución de los intereses privados de sus miembros, a la que no alcanza la falta de legitimación prevista en el apartado c) del art. 20 de la Ley Jurisdiccional, que niega legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración Pública a «Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, respecto de la actividad de la que dependan», pues tal prohibición tiene su fundamento en la necesaria unidad de actuación subsiguiente a la unidad de fines e intereses, no siendo aplicable en supuestos en que la cuestión planteada afecta a intereses netamente privados.

En consecuencia, el motivo de casación de la Comunidad de Regantes ha de ser acogido, al contar con legitimación para poder formular el recurso contencioso-administrativo seguido ante el Tribunal de instancia, dado que en el caso que nos ocupa, los intereses concernidos eran esencialmente de carácter privado, por lo que el TS casa la sentencia, dado que la Sala ha interpretado de manera errónea la naturaleza de la Corporación recurrente, infringiendo el art. 19 de la Ley Jurisdiccional, vulnerando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva de la Comunidad actora, siendo así que su legitimación derivaba de lo previsto en el art. 19.1.b) de la citada Ley.

MIGUEL CASINO RUBIO
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.

   A) Es sanción el recargo del 100 por 100 sobre la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

   B) Actos que no constituyen sanción.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.

   A) En las relaciones de sujeción especial no es necesario precisar qué norma integra el tipo sancionador en blanco.

   B) En las relaciones de sujeción especial el tipo sancionador en blanco puede integrarse con obligaciones inherentes al puesto del sancionado, aunque no vengan recogidas en ninguna norma.

   C) Potestad normativa sancionadora de la Ordenanza municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.

   A) La confianza en la actuación de un profesional no exime de culpa.

   B) Exclusión de la culpabilidad por inactividad de la Administración en la prestación de un servicio público necesario para evitar la infracción.

4. SUJETOS RESPONSABLES.

   A) La derivación de responsabilidad a sujetos distintos del sancionado exige su previsión normativa expresa.

5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.

   A) La sanción disciplinaria por infracción consistente en haber sido condenado por delito doloso no lesiona el *non bis in idem*.

   B) *Non bis in idem* procedimental: irrelevancia del momento en que la Administración suspende el procedimiento sancionador siempre que sea antes de adoptar la resolución.

   C) *Non bis in idem* procedimental: el derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito cuando concurran dos normas punitivas y, al menos, una de ellas sea administrativa, sólo rige cuando ambos sean, por su complejidad y por la gravedad del castigo que impongan, «materialmente» penales.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) Contenido del derecho a no declarar contra sí mismo.

B) La calificación jurídica de los hechos imputados puede variar a lo largo de la instrucción sin que ello lesione el derecho a ser informado de la acusación.

C) Independencia judicial *versus* objetividad administrativa.

D) Deber de informar sobre el derecho a no declarar contra sí mismo al imputado inminente, incluso cuando éste tenía el deber de informar sobre los hechos sancionables.

E) No existe derecho a ser informado de los derechos del art. 24.2 CE en la información reservada. No obstante, el testimonio en ella prestado precisa para adquirir fuerza probatoria de su ratificación posterior ante el instructor.

F) Vulneración del derecho de defensa por encontrarse ya redactada la resolución sancionadora en el momento del trámite de audiencia.

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

A) Derecho fundamental a la prueba: contenido esencial y requisitos que exige su vulneración.

B) Que la Administración ignore las alegaciones del imputado y omita su valoración como posible prueba de descargo lesiona la presunción de inocencia.

C) La presunción de inocencia no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable o la concurrencia de cualquier otra causa excluyente de la responsabilidad.

D) El futuro imputado no tiene derecho a participar en las pruebas practicadas antes de que se formule el pliego de cargos.

E) Las pruebas de cargo derivadas de otras declaradas ilícitas sólo serán inválidas si entre unas y otras existe lo que se denomina «conexión de antijuridicidad».

8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) La resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad.

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) Caducidad del procedimiento disciplinario contra guardias civiles. Cambio de jurisprudencia.

B) Los procedimientos disciplinarios contra guardias civiles pueden caducar, incluso en caso de faltas leves.

C) Días inicial y final del cómputo del plazo de caducidad, también en los procedimientos disciplinarios contra guardias civiles.

D) La caducidad del procedimiento sancionador, incluso contra guardias civiles, no extingue la responsabilidad administrativa sancionadora.

E) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador, incluso contra guardias civiles.

F) La caducidad del procedimiento sancionador, incluso contra guardias civiles, implica que el plazo de prescripción se tenga por no interrumpido.

10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.

A) Interrupción de la prescripción por inicio del procedimiento sancionador debidamente notificado.

B) Peculiar régimen de prescripción de las infracciones militares. Cambio de jurisprudencia en relación con las infracciones cometidas por guardias civiles.

C) El plazo de prescripción de las infracciones permanentes no comienza mientras aquéllas subsistan.

---

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Es sanción el recargo del 100 por 100 sobre la deuda tributaria establecido en el art. 61.2 Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria

El art. 61.2, párrafo segundo, LGT de 1963, hoy derogado, disponía que «cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas, sin solicitar expresamente el aplazamiento o el fraccionamiento del pago, se les exigirá en vía de apremio con un recargo único del 100 por 100». La STC 291/2000 otorgó el amparo solicitado por haberse impuesto al recurrente un recargo de naturaleza sancionadora sin procedimiento contradictorio alguno y, por ello, con lesión del art. 24.2 CE, y planteó una cuestión de inconstitucionalidad contra el referido precepto. La estima la **STC 39/2011, de 31 de marzo** (cuestión interna de inconstitucionalidad, Pleno), que lo declara nulo e inconstitucional con los siguientes razonamientos:

> «el recargo previsto en el párrafo segundo del art. 61.2 LGT tiene naturaleza sancionadora en la medida en que posee la "finalidad represiva, retributiva o de castigo" que hemos venido destacando como propia de las sanciones (...). En definitiva, (...) en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de la ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como sanción (...). De lo anterior se deriva que el recargo del 100 por 100 establecido en el párrafo segundo del art. 61.2 LGT vulnera el art. 24.2 CE, puesto que no sólo no califica a la medida retributiva que prevé como sanción (...),sino que, al referirse a la misma como "recargo" (...) dirige derechamente a los ciudadanos afectados, a la Administración actuante y a los órganos judiciales hacia las normas que regulan la liquidación de los tributos, en lugar de, como resultara constitucionalmente preceptivo, a la aplicación de los principios y garantías que para el ámbito sancionador (también, insistimos, para el administrativo sancionador) derivan del art. 24.2 CE. En definitiva, (...) implica la vulneración del derecho (...) a un procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías, reconocido en el art. 24.2 CE y conduce a que debamos declarar la inconstitucionalidad y nulidad (...) del párrafo segundo del art. 61.2 LGT».

Y concluye, la sentencia, diciendo que «el art. 40.1 LOTC, en relación con el art. 25.1 CE, no sólo permite la revisión de los recargos del 100 por 100 exigidos en su día al am-

paro del párrafo segundo del art. 61.2 LGT, incluso en los casos en los que su imposición hubiera sido confirmada mediante una Sentencia firme (...), sino que, además, impide a la Administración tributaria volver a imponer dicho recargo de naturaleza sancionadora al estar previsto en una disposición legal que ya habría sido expulsada del Ordenamiento jurídico, por más que la declaración de su inconstitucionalidad y nulidad se deba a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE».

B) Actos que no constituyen sanción

— Las medidas provisionales de restablecimiento de la legalidad. La Junta de Andalucía adoptó acuerdo incoando un procedimiento administrativo sancionador contra la entidad mercantil Aspín del Sur, S.L., como titular de la emisora «Radio Sintonía», que venía emitiendo en la frecuencia FM sin el correspondiente título habilitante. En el mismo acuerdo, se adoptó la medida provisional de «cese de la actividad presuntamente infractora procediéndose, de no cesar la misma de forma voluntaria, a efectuar el cierre de la actividad». La **STS de 13 de diciembre de 2010**, Sección Séptima (recurso de casación n.º 3376/2008), confirmando la sentencia de instancia, considera que «la medida adoptada no tiene carácter sancionador (...), se ha adoptado por el órgano competente, y es necesaria para el restablecimiento del ordenamiento jurídico perturbado». Por su parte, la **STS de 30 de noviembre de 2010,** Sección Cuarta (recurso de casación n.º 5179/2008), admite la regulación de las medidas cautelares y del deber de restauración previstas en una Ordenanza municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración, aun sin contar con cobertura legal expresa, pues «dado que (...) tales figuras no tienen carácter sancionador no procede su anulación».

— Los criterios para calcular las retribuciones de las actividades reguladas. La Orden ITC/3993/2006, de 29 de diciembre, estableció la retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista. Para ello, fijaba ciertos criterios de modulación que permitían aumentar o reducir la retribución que correspondía a las empresas gasistas. Entre tales criterios, la Orden estableció como criterio reductor de la remuneración el suministro a presión igual o inferior a 4 bares, lo que fue impugnado por Naturgas Energía Distribución, SAU, por considerar que constituía una sanción. La **STS de 23 de diciembre de 2010,** Sección Tercera (recurso contencioso-administrativo n.º 27/2010), aclara que «en ningún caso es posible ni remotamente concebir uno de tales criterios —en este caso, la penalización por la distribución a presión igual o menor a 4 bar— como una sanción por el hecho de que a un determinado sujeto le suponga una desventaja (...) La previsión impugnada constituye (...) un elemento de una regulación compleja que nada tiene que ver con el derecho administrativo sancionador y los principios que informan a éste». En idénticos términos se pronuncia otra **STS de 23 de diciembre de 2010,** Sección Tercera (recurso de casación n.º 6396/2008), en relación con la Orden ITC/4099/2005, de 27 de diciembre.

— El acuerdo de reintegro de una subvención. La **STS de 7 de julio de 2010,** Sección Tercera, (recurso de casación n.º 5577/2007), reitera una jurisprudencia constante que sostiene que «no tiene carácter sancionador un acto administrativo que se limita a declarar el incumplimiento de las condiciones y el reintegro de la subvención en su día concedida, sin imponer ninguna de las verdaderas sanciones (multa pecuniaria; pérdi-

da, durante un plazo de hasta cinco años, de la posibilidad de obtener subvenciones públicas; y prohibición, durante un plazo de hasta cinco años, para celebrar contratos con el Estado u otros Entes públicos) que se prevén para los supuestos correspondientes».

— La pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de una pena de inhabilitación. Don Maximino, funcionario de carrera del Cuerpo de Profesores de Música y Artes Escénicas, fue condenado a la pena de inhabilitación durante dos años por la comisión de un delito de abuso sexual aprovechándose de su condición de profesor en un Conservatorio. Como consecuencia de la condena penal, por Orden del Ministerio de Educación se declaró la pérdida por Don Maximino de la condición de funcionario de carrera del citado Cuerpo. Aunque la **SAN de 16 de diciembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 425/2009) anula dicha Orden por otros motivos, el Tribunal rechaza la naturaleza sancionadora de la resolución, indicando que «según reiterada jurisprudencia, la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del régimen estatutario legal en materia de la función pública, lo que es coherente con el requisito de aptitud para el acceso consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas; de modo que la pena de inhabilitación absoluta o especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcionarial, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente (*ope legis)* tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal».

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) En las relaciones de sujeción especial no es necesario precisar qué norma integra el tipo sancionador en blanco

Siguiendo la interpretación inaugurada por la STS de 24 de junio de 2010, Sala de lo Militar, de la que dimos cuenta en nuestra crónica anterior, la **STS de 22 de diciembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 65/2010), insiste en la irrelevancia de que, en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, no se indiquen, ni en el expediente ni en la resolución sancionadora, la obligación profesional cuyo incumplimiento integra el tipo sancionador en blanco. La sentencia razona que «en el orden específico de las relaciones de sujeción especial no puede valorarse como indicio de inseguridad jurídica (...) este supuesto de tipificación remisiva implícita (...). La conducta relevante a efectos sancionadores, que se deja fuera de la descripción típica que se contiene en la norma disciplinaria básica o norma tipificadora directa —el tipo—, viene contenida en una norma ajena a esta última —el pretipo— de cuyo conocimiento el sujeto activo no puede hacer abstracción, por lo que, en estos casos, en la resolución sancionadora no es preciso, a efectos de complementar el tipo o norma tipificadora básica, consignar expresamente la norma en la que se impone la obligación o el deber infringido». En los hechos, el recurrente, un guardia civil sancionado como autor de una falta grave por hacer un uso indebido de su arma de fuego «infringiendo los principios y normas que regulan su

empleo», alegaba que la autoridad sancionadora no había identificado tales «principios y normas», vulnerando de este modo el principio de tipicidad. La sentencia determina que la autoridad sí hizo referencia a tales normas, pero añade, a mayor abundamiento, que «el hoy recurrente incumplió una obligación profesional (...) esencial y elemental, cuyo conocimiento por todo miembro del Benemérito Instituto debe ser presumido, dándose la circunstancia de que la autoridad sancionadora ha precisado, como hemos dicho, la norma complementadora [del tipo infractor] (...). No obstante, y aun en el hipotético caso de que no lo hubiera hecho, ello para nada conculcaría el principio de legalidad en su aspecto de tipicidad, pues todo Guardia Civil debe conocer y cumplir las obligaciones legales respecto al uso de armas que, en cuanto miembro de un Cuerpo de Seguridad del Estado, sobre él pesan». Cabe cuestionar, sin embargo, si lo que estaba en juego era el principio de tipicidad o, más bien, los derechos de defensa del sancionado, a quien no se permitía conocer claramente la norma por la que se le sancionaba.

B) En las relaciones de sujeción especial el tipo sancionador en blanco puede integrarse con obligaciones inherentes al puesto del sancionado, aunque no vengan recogidas en ninguna norma

Un guardia civil fue destinado a un nuevo puesto, incorporándose a él sin despedirse del Brigada Jefe del Núcleo de Servicios en el que se encontraba sirviendo hasta ese momento. Por tales hechos, le fue impuesta una sanción de reprensión como autor de la falta leve consistente en «la inexactitud en el cumplimiento de los deberes u obligaciones». El sancionado alega la falta de tipicidad de los hechos, al entender que el deber de despedida no viene recogido en ninguna norma que pueda integrar el tipo sancionador. Sin embargo, frente a tales alegaciones, la **STS de 27 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 91/2010), estima que «para que el comportamiento reprochado pueda subsumirse en el subtipo disciplinario (...), la obligación o el deber cuyo defectuoso cumplimiento se reprocha han de estar determinados y ser conocidos por quien infringe con su comportamiento, ya sea porque nos encontremos ante exigencias profesionales reglamentariamente precisadas, ya sea porque se trate de obligaciones y deberes básicos y consustanciales al propio ejercicio de la profesión o a la eficacia y buen funcionamiento de la Institución». Aplicando tal doctrina al caso enjuiciado, la sentencia concluye que «la obligación o deber incumplido resultaba inherente a su propia actuación profesional, siendo evidente que un correcto comportamiento al cesar en el destino obliga a un militar a presentarse ante su superior al efecto de despedirse formalmente del mismo —al margen de que tal forma de actuación se encuentre o no específicamente regulada—, pues al omitirse tal despedida, que en cualquier ámbito social supondría una descortesía, se desconoce una obligación propia de la naturaleza castrense de la Guardia Civil y se incurre en una conducta irrespetuosa y desconsiderada ante el superior e impropia de un militar». Por lo que confirma la sanción.

C) Potestad normativa sancionadora de la Ordenanza municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración

El régimen de infracciones y sanciones (arts. 7 a 17) de la Ordenanza municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración del Ayuntamiento de Pira (Tarragona)

fue anulado por STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008, Sección Tercera, por vulneración del principio de legalidad por no contar con cobertura legal ni en la legislación sectorial aplicable en la materia ni en los criterios de antijuridicidad de los arts. 139 a 141 LRBRL. La **STS de 30 de noviembre de 2010,** Sección Cuarta (recurso de casación n.º 5179/2008), confirma que la legislación sectorial sobre la aplicación de residuos no ampara la potestad normativa municipal para tipificar las infracciones y sanciones en la materia, «al no establecer los criterios de antijuridicidad ni la delimitación de sanciones a que habría de ajustarse su desarrollo en sede reglamentaria municipal». Pero, por el contrario, considera que el régimen sancionador de la ordenanza sí encuentra sustento jurídico en la regulación, subsidiaria y parcial en cuanto a las materias a que puede afectar, previsto en la LRBRL. A este respecto, «la Sala aprecia que tanto el art. 140.1.a) en lo concerniente a las infracciones muy graves, como el art. 141.2.b) por lo que se refiere a las graves y leves, se remiten a la posible perturbación que en la salubridad pública puedan producir las conductas infractoras. Sin ninguna duda, la materia regulada en la Ordenanza Municipal [la gestión de productos resultantes de deyecciones animales] (...), y en particular su régimen infractor, tienden a la protección de dicho bien jurídico».

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) La confianza en la actuación de un profesional no exime de culpa

La Administración tributaria sancionó a una contribuyente por haber aplicado indebidamente la exención por reinversión de la venta de vivienda habitual, actuación que habría venido determinada por el incorrecto asesoramiento de un profesional. La **STSJ de Asturias de 30 de noviembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 2050/2008), rechaza las alegaciones de falta de culpabilidad al entender que «si la contratación recayó en una persona inadecuada, ello no obsta a la responsabilidad de la recurrente, quien habría elegido mal a su asesor, pero que no exonera al obligado tributario del cumplimiento de las obligaciones que le impone la normativa tributaria».

B) Exclusión de la culpabilidad por inactividad de la Administración en la prestación de un servicio público necesario para evitar la infracción

La Confederación Hidrográfica del Segura sanciona a Don Agustín por realizar vertidos de carácter doméstico al dominio público hidráulico desde su casa. Don Agustín recurre la resolución sancionadora alegando falta de culpabilidad, en la medida en que los citados vertidos responden a la falta de extensión de la red de alcantarillado a su vivienda, que tiene la consideración de urbana, por parte del Ayuntamiento. La **STSJ de Murcia de 17 de diciembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 187/2006), da la razón al recurrente y anula la sanción al entender que «no existe culpabilidad del recurrente habida cuenta las circunstancias concurrentes, el actor acredita documentalmente que desde el año 1993 (...) viene solicitando del Ayuntamiento de las Torres de Cotillas la ampliación de la red general de alcantarillado (...), y transcurridos más de quince años después, no se le ha dado ninguna solución por parte del Ayuntamiento, por lo que no se puede apreciar la culpabilidad necesaria, pues ninguna otra conducta se le puede exigir, al pagar el IBI, y ser el ayuntamiento el que debe asumir su responsabilidad».

4. SUJETOS RESPONSABLES

A) La derivación de responsabilidad a sujetos distintos del sancionado exige su previsión normativa expresa

La Dependencia de Recaudación de la Delegación de Vigo acordó declarar a los socios de una entidad mercantil disuelta y liquidada responsables solidarios del pago de las obligaciones tributarias pendientes de abonar por dicha entidad, lo que incluía el pago de varias sanciones tributarias. La sentencia de instancia confirmó la resolución al considerar que nada se oponía a dicha derivación de responsabilidad, a pesar de que ninguna norma la preveía expresamente. Sin embargo, la **STS de 1 de diciembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 270/2006), considera que «en lo referente a la extensión de la responsabilidad es evidente que la misma no puede alcanzar a las sanciones cuando de sucesión en la empresa se trata. El argumento de la sentencia impugnada, sobre la extensión a los sucesores de la derivación de las sanciones, es el de que nada autoriza para excluir a los socios de sociedades o entidades disueltas y liquidadas de la obligación de pago del concepto a que los recurrentes aluden, sanciones. Es evidente el error en el que incurre este razonamiento. No solamente por el principio de personalidad de las sanciones, sino porque cuando de extender las sanciones se trata lo trascendente es que ha de existir un precepto que expresamente establezca esa extensión. En este caso es evidente que no existe ese precepto».

5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) La sanción disciplinaria por infracción consistente en haber sido condenado por delito doloso no lesiona el *non bis in idem*

A resultas de haber atropellado a un viandante que cruzaba un paso de peatones, causándole la muerte instantánea, un marinero fue condenado por delito de homicidio por imprudencia grave a la pena dos años de prisión y otras accesorias. Con base en esta condena, el marinero fue igualmente sancionado disciplinariamente a un año de suspensión de empleo como autor de una falta consistente en «haber sido condenando por sentencia firme en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, (...) cuando la condena fuera superior a un año de prisión, si hubiera sido cometida por imprudencia». Alegada la posible vulneración del principio *non bis in idem*, la **STS de 26 de octubre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario n.º 52/2010), recuerda que «lo que se sanciona no es un hecho objetivo "la condena", sino una conducta humana y voluntaria; la acción que dio lugar a la condena penal, pues las infracciones disciplinarias, así como los tipos penales, contemplan exclusivamente acciones u omisiones voluntarias, con las peculiaridades que, en este caso, una sola acción es objeto de un doble reproche: penal y disciplinario, sin que por ello se conculque el principio de *non bis in idem*. Es decir, si bien la condena penal es la causa determinante de la existencia de la infracción, sólo si hay condena se entiende cometida la falta, lo que se castiga no es la condena, como dato objetivo, sino los hechos que la motivan; por ello, para determinar la sanción a imponer hay que valorar la condena,

lo que significa tomar en consideración los hechos probados de la sentencia configuradores del delito, y la pena impuesta». De este modo, se niega el carácter «objetivo» de este tipo disciplinario, el cual parecía haberse afirmado en sentencias más recientes (revista n.º 51, crónica VII.5.1), que negaban incluso la necesidad de culpabilidad. No obstante, y a pesar de lo afirmado en esta nueva sentencia, en el supuesto enjuiciado el sujeto sancionado no era militar en el momento de producirse los hechos, sino en el de dictarse la sentencia. Ello parecería negar la afirmación de que la base de la sanción disciplinaria sean los hechos que dan lugar a la sentencia penal y no la sentencia misma. No obstante, la Sala niega expresamente toda relevancia a esta circunstancia.

B) *Non bis in idem* procedimental: irrelevancia del momento en que la Administración suspende el procedimiento sancionador siempre que sea antes de adoptar la resolución

Momentos después de tener un altercado con los porteros de un club, un guardia civil realizó un disparo sin causa justificada alguna, motivo por el que se inició contra él un procedimiento disciplinario como posible autor de una falta grave. Los mismos hechos dieron también lugar a que se siguieran diligencias judiciales ante el orden jurisdiccional penal, motivo por el que la autoridad disciplinaria procedió a la paralización inmediata del expediente sancionador. Ante las dudas planteadas sobre la corrección del momento procedimental en que se produjo dicha paralización, la **STS de 22 de diciembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 65/2010), en contra de otra jurisprudencia de la Sala Tercera que entendemos más acertada, estima que «en principio, la orden de paralización de un expediente puede acordarse —en los casos descritos— en cualquier momento y en todo caso antes de adoptarse la resolución definitiva». En consecuencia, «la autoridad disciplinaria bien pudo seguir, en efecto, la tramitación del expediente y paralizarla antes de dictar la resolución, pero se entiende que es igualmente correcta la orden de paralización dada por dicha autoridad, hasta que finalizara el procedimiento penal con sentencia firme, sin que tal orden pueda considerarse, como pretende el recurrente, nula».

C) *Non bis in idem* procedimental: el derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito cuando concurran dos normas punitivas y, al menos, una de ellas sea administrativa, sólo rige cuando ambos sean, por su complejidad y por la gravedad del castigo que impongan, «materialmente» penales

El Ministerio de Economía y Hacienda sancionó a Don Luis Andrés por una infracción grave en materia de disciplina e intervención de las entidades de crédito. En relación con los hechos controvertidos, Don Luis Andrés ya había sido objeto de un proceso penal del que no resultó condenado por archivo de la causa. Don Luis Andrés recurre la resolución sancionadora alegando vulneración del *non bis in idem*. La **SAN de 1 de diciembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo n.º 321/2009), rechaza el argumento en aplicación de la conocida jurisprudencia constitucional según la cual el *non bis idem* veda un segundo procedimiento punitivo sólo en el caso de que la onerosidad de ambos procedimientos resulte sustancialmente equiparable. Esta vertiente procesal del *non bis in ídem* tiene poca aplicación práctica en el Derecho español ya que, como señala la STC 2/2003, «en la regu-

lación actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional». En este caso, si bien existe una complejidad fáctica en cuanto a los hechos (debe tenerse en cuenta que por ese motivo se acordó la ampliación del expediente), no se aprecia que la sanción impuesta (multa de 10.000 euros) pueda equiparse por su magnitud a un procedimiento penal en que la pena es de privación de libertad.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Contenido del derecho a no declarar contra sí mismo

La **STS de 6 de julio de 2010,** Sección Quinta (recurso de casación n.º 446/2008), en contra de lo que es habitual en la jurisprudencia, parece que no modula tanto la aplicación del derecho a no autoincriminarse en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador: «el derecho a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables (...), al igual que en los procedimientos judiciales, debe impedir igualmente en los procedimientos sancionadores que los funcionarios fuercen a declarar a los administrados o les obliguen a presentar documentos o pruebas para documentar los procedimientos que instruyan contra ellos bajo la amenaza de nuevas sanciones, lo que es parangonable a admitir que los jueces penales pudieran imponer penas a quienes no colaboran con ellos en buscar las pruebas para su propia condena. Del mismo modo debe ser considerado como fraude al derecho a no declarar contra sí mismo que el silencio o la negativa del inculpado a presentar pruebas sobre los hechos que se le imputan pueda convertirse en todo caso en una presunción en su contra de la veracidad de las imputaciones».

B) La calificación jurídica de los hechos imputados puede variar a lo largo de la instrucción sin que ello lesione el derecho a ser informado de la acusación

El General de Brigada del Ejército de Tierra Don Juan Miguel es sancionado con treinta días de arresto a cumplir en su domicilio por infracción leve de falta de respeto a sus superiores. En concreto, por dirigirles varias cartas en las que incluía entre otras las siguientes afirmaciones: «desde hace tiempo y de forma progresiva, la cúpula militar ha optado en temas mucho más importantes y trascedentes, por lavarse las manos o aplicar la política de la avestruz. Hemos conseguido una institución no sólo ciega, sorda y muda, sino además insensible, sumisa y desvertebrada (...). En ambos aspectos, personal e institucional, concretamente tú has tenido una especial responsabilidad como Jefe del Estado Mayor de la Defensa durante los últimos años». Alega que en el pliego de cargos se le informó de una infracción (la grave de hacer manifestaciones contrarias a la disciplina) y que en la propuesta se le acusó por otra (la leve de falta de respeto a un superior) por la que se le acabó sancionando, y que ello ha lesionado su derecho fundamental a ser informado de la acusación. No está de acuerdo la **STS de 26 de julio de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación n.º 17/2010), que empieza por recordar que «el derecho a ser informado de la acusación, expresa y autónomamente recogido en el art. 24.2 CE, constituye el primer elemento del derecho de defensa en el ámbito sancionador, que condiciona a todos los demás, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe de qué hechos se le

acusa en concreto (...). El pliego de cargos (...) ha de contener los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica para permitir el ejercicio del derecho de defensa (...). No olvidemos que el Pliego de cargos equivale a un acta de acusación, a una imputación formal que a partir del mismo ya es concreta y contra persona determinada (...). Lo trascendente del Pliego de Cargos son los hechos que el Instructor imputa al expedientado, puesto que, (...), a la autoridad disciplinaria, (...), lo que le vincula es el respeto a los hechos que el Instructor imputa al expedientado, lo que no ocurre con la calificación jurídica del Instructor, que aquella autoridad no está obligada a respetar (...). No hay impedimento alguno en que, permaneciendo inalterables los hechos, se cambie o modifique en el informe-propuesta la calificación jurídica de los hechos que se hizo en el pliego de cargos. Cabalmente como ocurre, sin inconveniente alguno, en el proceso penal en el que las conclusiones definitivas pueden variar de (la) calificación jurídica de los hechos, siempre que éstos permanezcan invariables. Y es obvio que las garantías del proceso disciplinario no son mayores que las del proceso penal. En tales condiciones no puede sostenerse fundadamente que se haya dejado de informar al expedientado de la acusación ni que haya éste experimentado alguna clase de indefensión, (...), ni resulta acogible la pretensión anulatoria que se deduce trae causa de la vulneración de aquellos derechos fundamentales».

C) Independencia judicial *versus* objetividad administrativa

El brigada Don Hipólito es sancionado con un mes y un día de arresto en establecimiento disciplinario militar por infracción grave consistente en hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y realizarlas a través de medios de comunicación social. En concreto, por sus manifestaciones en una rueda de prensa en contra de la actuación de los mandos militares con relación al accidente de helicóptero sucedido en Afganistán en agosto de 2005 en el que fallecieron 17 militares españoles. Entre otras cosas, denunció las malísimas condiciones en que se encontraba la Brigada Ligera Aerotransportable en Afganistán, manifestó que los militares de la BRILAT «también se han quejado del trato que están recibiendo por parte de sus superiores», y añadió que después del siniestro «se adoptaron medidas especiales para acallar y limitar la libertad de expresión de los soldados, que ya está bastante limitada». Todas sus manifestaciones aparecieron publicadas en la prensa escrita del día 29 de marzo y fueron difundidas por Internet. Contra la sanción de arresto interpuso recurso de alzada ante el ministro de defensa e instó su recusación debido a que unos días antes el ministro había declarado en una entrevista publicada por el diario «La Razón», cuando fue preguntado por la sanción impuesta al brigada Don Hipólito, que «ese expediente (...) se ha tramitado con todas las garantías de la Ley, y ha acabado con una sanción correcta». Según el recurrente, con tales declaraciones el ministro ha emitido un juicio de culpabilidad y ha tomado postura previa en su contra en términos inequívocos, por lo que ha perdido la imparcialidad necesaria para resolver un recurso contra una sanción nada menos que privativa de libertad y está inmerso en las causas del art. 28.2.a) y c) de la Ley 30/1992. El ministro de defensa rechazó su recusación pues sus manifestaciones no supusieron un interés directo y personal en el expediente del recurrente sino que fueron las propias de la autoridad del Estado encargada de la política de defensa y dirección de las Fuerzas Armadas. El recurrente alega en casación que la sanción que el ministro confirmó en alzada es nula por concurrir la mencionada causa de recusación. Al respecto, la **STS de 12 de julio**

de 2010, Sala de lo Militar (recurso de casación n.º 10/2010), recuerda la jurisprudencia existente en la materia según la cual

> «como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la garantía de estricta imparcialidad que es dado requerir en la esfera judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida respecto de los órganos administrativos, aunque éstos se encuentren sujetos al cumplimiento de la ley y a la satisfacción de los intereses generales. Así, los jueces y tribunales necesariamente han de mantenerse en una posición de neutralidad y ausencia de prejuicios respecto de las partes del proceso, que obviamente no puede darse en las relaciones entre la Administración y los administrados, cuando se han de resolver sus discrepancias dentro del ámbito administrativo, pero sí cabe esperar de los órganos administrativos que actúen con objetividad, y a tal fin, de tutelar la objetividad de las autoridades y funcionarios, que hayan de intervenir en un asunto, se encuentran dirigidas las causas de abstención o recusación contenidas en la Ley 30/1992».

A partir de ahí, la Sala considera que «sí debe considerarse afectado el derecho de defensa del recurrente con las manifestaciones de la expresada entrevista (concedida por el ministro) (...) en que se exterioriza un juicio de valor concluyente sobre el expediente tramitado y la sanción impuesta, afirmando que aquél fue "tramitado con todas las garantías" y confirmando anticipadamente que dicho expediente había acabado "con una sanción correcta". En ellas se hacía patente una toma personal de postura claramente desfavorable para el interesado y un prejuicio que contaminaba de futuro la decisión a adoptar en el recurso planteado (...). En definitiva, (...) El entonces Ministro de Defensa debió abstenerse (...) Lo que lleva consigo la estimación del presente recurso y la declaración de nulidad de la resolución sancionadora, reponiendo las actuaciones a ese momento».

En un voto particular que se formula a esta sentencia se discrepa de su solución por estimar que supone la indebida traslación de la imparcialidad propia del poder judicial al ámbito directivo de la Administración General del Estado y, con ello, genera una confusión entre los principios básicos que inspiran dos sistemas claramente diferenciados (independencia *versus* jerarquía) que vacía de contenido el principio de separación de poderes. Considera este voto particular que la sentencia traslada al ámbito administrativo sancionador la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad judicial lo que resulta claramente incompatible con el sistema actual de resolución de los recursos en el ámbito administrativo y con la propia naturaleza de la Administración Pública. Y añade: «como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional (...) la aplicación de dichas garantías (las del orden penal) al derecho administrativo (sancionador) sólo puede hacerse en la medida en que resulte compatible con su propia naturaleza. De este modo, (...) no puede pretenderse que el instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos jurisdiccionales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en la medida en que formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser juez y parte al mismo tiempo (...). En definitiva, como ha señalado el TC, (...), la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo, por lo que no compartimos la estimación del recurso que aplica a la valoración de la concurrencia de una causa de recusación en un órgano administrativo

el canon de exigencia derivado de las resoluciones del TEDH predicables exclusivamente del ámbito jurisdiccional».

D) Deber de informar sobre el derecho a no declarar contra sí mismo al imputado inminente, incluso cuando éste tenía el deber de informar sobre los hechos sancionables

Un guardia civil se demoró en el comienzo del servicio de atención al ciudadano, que debía prestar a partir de las 9:00 horas, por tener que acudir al Puesto en el que se encontraban los medios ofimáticos —ordenador portátil e impresora— con los que tenía que realizar tales funciones, comenzando la prestación del servicio a las 9:20 horas. Su superior le ordenó que reflejara estos incidentes en su papeleta de servicio, documento que posteriormente sirvió como una de las pruebas de cargo para sancionar al guardia civil como autor de una falta disciplinaria leve. Alegada la posible vulneración del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, la **STS de 16 de diciembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 55/2010), recuerda que «cuando un militar es imputado o razonablemente va a serlo, como era el caso del recurrente, una condición se añade a la de militar: la de imputado actual o futuro. Condición añadida que cambia sustancialmente las cosas, pues lo que se pide al interrogado ya no es información sobre un asunto del servicio (...) sino datos por los que puede ser incriminado». La sentencia considera probado en el caso de autos que, cuando el guardia civil fue requerido por su superior «para rellenar la papeleta, ordenándole hacer constar en ella la incidencia que dio lugar posteriormente a que fuera sancionado, no fue instruido de los expresados derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y estampó en la papeleta lo que a bien tuvo, sin acogerse al derecho a guardar silencio, negando, omitiendo o relatando en la forma que le pluguiese, los hechos que se le imputaban, y ello a pesar de la posibilidad, más que hipotética, de que, por razón de los hechos a que hacía referencia el relato que se hacía constar de aquella forma en la indicada papeleta, le fuera imputada, a continuación, la comisión de una falta disciplinaria». En consecuencia, «hemos de concluir que el hoy recurrido fue obligado a declarar contra sí mismo, con vulneración del derecho esencial que lo amparaba *ex* art. 24.2 de la Constitución, del cual no fue informado». De ello se deduce que «la prueba de mérito no ha sido, en consecuencia, válidamente obtenida y no puede, por ende (...), ser tenida en cuenta en orden a desvirtuar la presunción de inocencia del hoy recurrido».

E) No existe derecho a ser informado de los derechos del art. 24.2 CE en la información reservada. No obstante, el testimonio en ella prestado precisa para adquirir fuerza probatoria de su ratificación posterior ante el instructor

Así lo reitera, una vez más, la **STS de 22 de diciembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 65/2010), que rechaza toda relevancia al hecho de que no se instruyera a un guardia civil (finalmente sancionado) de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable antes de que depusiera en una información reservada. Considera la sentencia, citando jurisprudencia previa, que «la incorporación al expediente disciplinario de la información previa instruida —investigación sobre uso de

armas de fuego (...)— para nada comporta la conculcación de garantía alguna», lo que se justificaría en que «sus contenidos pueden ser sujetos a contradicción con posterioridad en el trámite de audiencia y en la sucesiva actividad probatoria», ya que «lo manifestado en una información de aquella clase carece de valor verificador del hecho si no es dicho nuevamente ante el instructor del expediente disciplinario, es decir, ratificado, con posterioridad, ante éste en este mismo sentido».

F) Vulneración del derecho de defensa por encontrarse ya redactada la resolución sancionadora en el momento del trámite de audiencia

Una Cabo del Ejército de Tierra fue sancionada con ocho días de arresto como autora de una falta leve consistente en «la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior». Frente a dicha sanción, alega una posible vulneración de sus derechos de defensa debido a que en el momento de practicarse el trámite de audiencia, la sanción ya se encontraba redactada. La **STS de 17 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 71/2010), estima la impugnación razonando que «el derecho de defensa en estos procedimientos sancionadores por falta leve tiene un contenido mínimo que, en el presente supuesto (...), no se ha respetado, pues encontramos que en el momento de realizarse el trámite de audiencia (...) la resolución sancionadora ya se encontraba redactada en un documento oficial impreso (calificando los hechos y cuantificándose la sanción a imponer) habiéndose dejado un espacio en blanco para que la sancionada escribiera de su puño y letra sus alegaciones». Considera la sentencia que, al actuar así, se impidió a la sancionada «ejercer su derecho a formular alegaciones en su momento oportuno, esto es, antes de que la decisión hubiera sido adoptada y vertida por escrito, vulnerándose en definitiva el derecho de defensa de la recurrente, por lo que resulta procedente estimar el presente motivo», anulando la sanción.

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Derecho fundamental a la prueba: contenido esencial y requisitos que exige su vulneración

— La **STS de 26 de julio de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación n.º 17/2010), recuerda que «es doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba (art. 24.2 CE): a) Que aquél no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes están facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino sólo a la recepción y práctica de las que sean pertinentes. b) Que el derecho a utilizar los medios de prueba es un derecho de configuración legal, por lo que es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba admitidos en Derecho. c) Es preciso que la falta de actividad probatoria se haya concretado en una efectiva indefensión del recurrente o, lo que es lo mismo, que sea decisiva en términos de defensa. d) La anterior exigencia

se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de razonar la relación entre los hechos que se quisieron y no pudieron probar y, por otro, que, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, la resolución del proceso podría haber sido otra, ya que sólo en tal caso hubiera podido apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de defensa».

En el caso enjuiciado, un militar que es sancionado con arresto domiciliario por faltarle el respeto a sus superiores debido a las afirmaciones que les dirige en unas cartas, propone que se practique testimonio a sus superiores sobre el contexto, antecedentes y conversaciones que mantuvo con ellos antes de su envío, lo cual podía ser decisivo, según el imputado, a la hora de determinar si hubo responsabilidad o de graduar la misma (se optó por la sanción más grave en su máxima duración), en la hipótesis de que la hubiera. Pero la Sala considera la prueba solicitada como improcedente, básicamente, por no ser decisiva para la defensa del acusado:

> «en el caso de autos, en forma alguna ha llegado a concretar el recurrente de qué manera la prueba testifical cuya práctica fue denegada hubiera servido, de haberse practicado, para modificar la decisión recurrida —es decir, no ha fundamentado la relevancia de la testifical no practicada—, por lo que las vulneraciones aquí invocadas deben ser rechazadas. Más aun, (...), la prueba testifical propuesta —la declaración en sede administrativa de un ex Ministro de Defensa, cinco generales del ejército, dos tenientes generales y un general de división, acerca, al parecer, ya que no se concretaban las preguntas a formular, del contenido de determinadas entrevistas que concedieron en su momento al interesado y conversaciones telefónicas mantenidas con éste, de la tramitación de ciertas solicitudes formuladas por el mismo, de la problemática relativa a la concesión de determinadas recompensas y de la conducta y actuación del hoy recurrente en los temas a que se hace mención en las cartas que motivan el Expediente y el desempeño de sus obligaciones de destino—, resulta ser innecesaria o inútil, y ello por cuanto, (...) su práctica no hubiera contribuido al esclarecimiento de los hechos (...), pues carecía de toda relevancia a tales efectos, ya que (...) no es objetivamente pertinente ni necesaria para acreditar la producción de los hechos relatados en el Pliego de Cargos (...) pues no aportaría nada nuevo en orden al esclarecimiento de si el encartado suscribió las cartas fechadas el 19 de enero de 2008 y el contenido de dichas cartas que se recoge en el pliego de cargos. En suma, la testifical de que se trata no era en modo alguno necesaria o relevante en términos de defensa porque, en cualquier caso y fuese cual fuese su resultado, carecía de aptitud o virtualidad para alterar el relato de hechos imputados o el sentido de la imputación efectuada».

— En el caso de la **STS de 16 de julio de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario n.º 105/2009), un guardia civil es sancionado con un mes de suspensión de empleo por infracción consistente en haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito doloso que lleva aparejada privación de libertad, en concreto, por un delito de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento de Doña Fidela, pues el acusado con conocimiento del contenido de dicha medida y estando ésta en vigor entró en un bar donde se encontraba la denunciante y permaneció durante varios minutos a una distancia aproximada de un metro de ella. Alega que se ha lesionado su derecho a la prueba porque la que propuso fue denegada por impertinente. Su objeto era acreditar que la condena

penal, acatada por el recurrente en todos sus extremos, no responde a la realidad de los acontecimientos que está viviendo diariamente, de tal forma que la aportación de cierta documentación y fotografías, querían mostrar cómo la persona que denunció al recurrente, y que por tanto era parte contraria en el procedimiento por el que se le condenó, desea en la actualidad seguir manteniendo contacto con él, causándole graves problemas en cuanto a la orden de alejamiento que el recurrente tiene respecto a ella. Pero la Sala, después de repetir la jurisprudencia sobre la necesidad de que la prueba omitida sea decisiva para apreciar la lesión del derecho fundamental a la prueba («sólo la prueba que siendo pertinente puede ser decisiva, por mostrar aptitud para variar el resultado del proceso, ha de estimarse necesaria, y su indebida denegación da lugar a indefensión con relevancia constitucional»), declara que la solicitada es impertinente, pues «la Administración (...) se encuentra vinculada por la declaración de hechos probados de la sentencia firme condenatoria que da lugar a la sanción disciplinaria y no es posible en ese vía la revisión de tales hechos, debiendo tenerse en cuenta que la causa de la sanción disciplinaria es la condena penal, en virtud de la cual se declara que los hechos probados son constitutivos de delito y se impone a su autor la pena que señala la Ley (...). La Administración se encuentra vinculada por un pronunciamiento jurisdiccional firme, sin que el intento de alterar los hechos declarados probados —acreditar que la sentencia penal no responde a la realidad de los acontecimientos— tenga posibilidad alguna de surtir efectos y resultando por ende la prueba cuya práctica se interesaba a tal fin inútil e irrelevante (...), y ello por cuanto que era superflua o ineficaz en orden a la defensa del hoy recurrente, puesto que la Administración sancionadora se hallaba vinculada por la inamovible declaración de hechos probados de la resolución jurisdiccional firme».

— Por su parte, en el supuesto que enjuicia la **STS de 3 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 115/2009), tras descubrirse que prestaba servicios como portero de una discoteca, un guardia civil fue sancionado con la separación del servicio como autor de una falta muy grave consistente en «el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, desempeñando una actividad privada, salvo las exceptuadas en la legislación sobre las mismas». Durante la tramitación del expediente disciplinario, y de las distintas pruebas propuestas por el encartado, el órgano instructor admitió varias pruebas testificales, rechazando, sin embargo, una documental (al considerar irrelevante que el imputado estuviera dado de alta en el régimen de la Seguridad Social o en el de autónomos) y otra testifical, que debía practicarse sobre el hermano del imputado (por innecesaria, al haber sido admitida la testifical de los propietarios del local y por razones de parcialidad). Dicha actuación es tachada como de posible vulneración del derecho fundamental a la prueba. Sin embargo, la Sala, al hacer traslación de la jurisprudencia en la materia al supuesto enjuiciado, estima que «en forma alguna ha llegado a concretar el recurrente de qué manera la prueba documental y testifical cuya práctica fue denegada en sede del procedimiento administrativo hubiera servido, de haberse practicado, para modificar la decisión recurrida (...) por lo que la negativa de la instructora a practicarla (...) no resulta arbitraria ni irrazonada, sino todo lo contrario, sin que, por consiguiente, de dicha denegación se derivara un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa del hoy recurrente».

B) Que la Administración ignore las alegaciones del imputado y omita su valoración como posible prueba de descargo lesiona la presunción de inocencia

En el caso de la **STC 59/2011, de 3 de mayo,** Sala Primera (recurso de amparo), un preso fue sancionado con diez días de privación de paseos y actos recreativos en el centro penitenciario por encontrarse en su posesión un objeto prohibido. En concreto, porque en un registro que se practicó por la policía en su celda sin su presencia con ocasión de un homicidio producido en su módulo se encontró escondida una tarjeta de teléfono móvil dentro de la caja de la antena de televisión. El interno sancionado hizo alegaciones verbales ante el instructor y luego alegaciones escritas ante la comisión disciplinaria diciendo, en primer lugar, que el registro de su celda no se ajustaba a la ley al no haber estado presente, habiendo desaparecido una máquina barbera y un cepillo dental eléctrico; en segundo lugar, que desconocía dónde se había hallado la tarjeta del teléfono móvil, no existiendo ningún protocolo para asegurar que cuando se le destina a una celda esté libre de cualquier objeto no autorizado, dándose la circunstancia de que en los últimos seis meses había estado en seis celdas diferentes; y, en tercer lugar, que la tarjera hallada no era de su propiedad y que era imposible desde su celda el acceso al lugar donde de decía incautada la tarjeta. Posteriormente, la comisión disciplinaria le sancionó sin reproducir el contenido de las alegaciones en la resolución ni hacer valoración alguna sobre ellas. Alega el preso sancionado que se ha lesionado su presunción de inocencia y responde la sentencia que

> «este Tribunal ha puesto de manifiesto que, dentro del control que le corresponde realizar sobre la eventual vulneración de este derecho, se encuentra, entre otros aspectos, verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada».

Pues bien, «el hecho de que la Administración penitenciaria ignorara completamente las alegaciones del recurrente, omitiendo su valoración, determina, tal como también señala el Ministerio Fiscal, que deba concluirse que se han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones sancionadoras, y a la presunción de inocencia». Las alegaciones del imputado poniendo en duda la constitucionalidad en la obtención de la prueba de cargo (obtenida mediante un registro ilegal que lesionaba su derecho a la intimidad) y la autoría de la infracción imputada (imposibilidad de acceder al lugar donde se hallaba la tarjeta e inexistencia de protocolos de seguridad y limpieza al asignar nueva celda) debieron, al menos, haber sido ponderadas por la Administración que tuvo que ofrecer al recurrente una explicación para su rechazo. Al no hacerlo así, concluye la sentencia, se ha lesionado la presunción de inocencia. Se otorga el amparo solicitado y se anula la sanción impuesta.

C) La presunción de inocencia no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable o la concurrencia de cualquier otra causa excluyente de la responsabilidad

Lo reitera, entre otras, en el ámbito de las sanciones tributarias la **STS de 12 de julio de 2010,** Sección Segunda, recurso de casación n.º 4466/2007.

D) El futuro imputado no tiene derecho a participar en las pruebas practicadas antes de que se formule el pliego de cargos

A raíz de su participación en la explotación de un bar sin contar con la autorización de compatibilidad necesaria, un guardia civil fue sancionado con la separación del servicio por falta disciplinaria muy grave. Entre las pruebas de cargo que permitieron la imposición de la sanción, se encontraba una prueba testifical claramente incriminadora, prestada por doña Joaquina sin que participara el sancionado. La **STS de 21 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 76/2010), niega toda relevancia a este hecho y considera que «no constituye motivo de indefensión (...) porque ello [la prestación de la declaración] tuvo lugar con anterioridad a que se emitiera el Pliego de Cargos, esto es, previamente a la imputación disciplinaria del encartado». Frente a esta afirmación, en el muy interesante voto particular que acompaña a la sentencia se sostiene, por el contrario, que «el derecho de defensa correspondía al demandante en su condición de expedientado, esto es, porque el expediente se dirigía contra él a fin de investigar si cometió o no una infracción disciplinaria. Al expedientado le interesa no sólo que, tras la formulación del pliego de cargos, se le admite la prueba que estime oportuna para lograr el archivo del expediente, sino también evitar esta formulación (...). Por lo tanto, como no puede negársele el derecho a participar en las pruebas anteriores a la formulación del pliego de cargos porque el instructor tomará su decisión fundándose precisamente en ellas, la declaración prestada por doña Joaquina carece de validez como elemento probatorio destinado a desvirtuar la presunción de inocencia».

E) Las pruebas de cargo derivadas de otras declaradas ilícitas sólo serán inválidas si entre unas y otras existe lo que se denomina «conexión de antijuridicidad»

Un guardia civil fue sancionado como autor de una falta grave consistente en «la utilización de armas de manera injustificada fuera del servicio infringiendo los principios y normas que regulan su empleo». Entre las pruebas de cargo señaladas en la resolución sancionadora para establecer su culpabilidad se encontraba la propia declaración del sancionado, quien alegaba su nulidad al considerar que no había sido informado de su derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. La **STS de 22 de diciembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 65/2010), rechaza la alegación al considerar acreditado que el sancionado había sido debidamente instruido sobre cuáles eran sus derechos. Pero, además, añade que «la pretensión del recurrente de que la falta de advertencia de los derechos reconocidos por el artículo 24 de la Constitución (...) determina la nulidad del procedimiento disciplinario, pues el carácter ilícito de la audiencia (...) se extendería a aquél —teoría del árbol envenenado—, no podría prosperar incluso aunque, a efectos meramente dialécticos, admitiéramos que se hubiera producido la denunciada irregularidad en la declaración (...), y ello porque, como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional (...), las pruebas derivadas de otras declaradas ilícitas sólo serán inválidas en la medida en que estén jurídicamente ligadas de manera inescindible a las directas, esto es, si entre unas y otras existe lo que se denomina conexión de antijuridicidad, inapreciable en este caso ya que las demás pruebas practicadas en el Expediente (...) no están ligadas de modo inseparable o indivisible con la declaración del encartado (...), pruebas aquellas [otras dos testificales y la existencia de un casquillo de bala del mismo calibre que el arma

reglamentaria del sancionado] que serían válidas y aptas por sí solas, al margen de la meritada declaración, para enervar la presunción de inocencia que lo amparaba».

8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La resolución sancionadora debe motivar la existencia de culpabilidad

Vuelve a insistir en ello para el ámbito tributario la **STS de 1 de julio de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación n.º 2973/2005), de conformidad con lo que se ha expuesto en crónicas anteriores, que anula una parte de la multa impuesta a la entidad mercantil Philips Ibérica, S.A., —por infracción relativa al Impuesto sobre Sociedades— porque la resolución no motivó su culpabilidad. En esta línea, la **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación n.º 2413/2005), anula una sanción porque la liquidación en la que se imponía se limitaba a señalar «que el tratamiento sancionador que se propone se fundamenta en que siendo los resultados del ejercicio comprobados de 272.646.735 pesetas procede la aplicación de la sanción tributaria del 10% prevista en el art. 88.1». Igualmente, **STS de 14 de octubre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación n.º 7459/2005) y **STS de 3 de diciembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 306/2009).

Sin embargo, aun aplicando esta misma doctrina, parece que corrige sus excesos y llega a una solución más coherente la **STS de 12 de julio de 2010,** Sección Segunda, que desestima el recurso de casación n.º 480/2007 y confirma la sanción tributaria impuesta a la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., con el siguiente razonamiento:

> «Nuestra jurisprudencia impide castigar y, por consiguiente, estimar que hubo culpabilidad por el mero y automático hecho de constatarse la aislada presencia de alguno de los pormenores a los que no hemos referido (falta objetiva de ingreso, no concurrencia de algunas de las causas que excluyen la culpabilidad, falta de una interpretación razonable de la norma aplicable, ausencia de oscuridad en la norma, grandes medios económicos y jurídicos de la empresa infractora). Pero en modo alguno niega la posibilidad de inferir, razonada, razonablemente y de forma suficientemente explicada, la existencia de aquel elemento subjetivo del juego conjunto de las circunstancias concurrentes. De otro modo, se correría el riesgo de dejar vacía de contenido la potestad sancionadora de la Administración tributaria. A la vista de todo ello, debe concluirse que el acuerdo (sancionador) adoptado (...) por la Oficina Nacional de Inspección da cumplimiento a las exigencias de motivación que se reclaman a la imposición de sanciones, que, no debe olvidarse, pueden ser aplicadas por conductas meramente negligentes».

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Caducidad del procedimiento disciplinario contra guardias civiles. Cambio de jurisprudencia

Desde su Sentencia de Pleno de 14 de febrero de 2001, recurso n.º 37/2000, y tal y como se ha venido recogiendo reiteradamente en esta crónica, la Sala de lo Militar del Tribunal

Supremo había venido manteniendo, ininterrumpidamente, que «el régimen disciplinario específico de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil es ajeno a los efectos generales que se predican de la caducidad de los expedientes y procedimientos sancionadores» por lo que «no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley 30/1992 (...) sobre archivo de las actuaciones con los efectos previstos en su art. 92». A ello se añadía, por lo que al cómputo del plazo de prescripción respecta, que «el efecto que se sigue del agotamiento del plazo previsto para la tramitación y conclusión del Expediente (...), es el de volver a contarse el plazo de prescripción de la falta, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente el plazo prescriptivo que corresponda (...), y ello desde que se cumplió el tiempo ordenado para la terminación del expediente, momento a partir del cual comienza a correr de nuevo el período de prescripción».

Frente a esta jurisprudencia, la **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 5/2010), aplica por primera vez la doctrina establecida por el Pleno no Jurisdiccional de dicha Sala de 19 de octubre de 2010, conforme a la cual:

> «Primero: La caducidad también surte efectos en el específico ámbito procedimental sancionatorio de las faltas leves del art. 9 de la LO 12/2007.
>
> Segundo: La declaración de caducidad no implica la prescripción de la falta, ni impide el ulterior ejercicio de la acción disciplinaria en un nuevo procedimiento, siempre que la falta de que se trate no hubiera prescrito.
>
> Tercero: La declaración de caducidad determina que el plazo de prescripción de la falta se compute desde que se produjo el hecho que motivó la incoación del procedimiento. La notificación de la incoación, en su caso, de un segundo o ulterior procedimiento para la sanción del mismo hecho dará lugar a la interrupción del plazo prescriptivo, y así sucesivamente mientras perviva la acción disciplinaria.
>
> Cuarto: Superado el plazo de tramitación de los procedimientos sancionadores, se alza la suspensión del plazo prescriptivo cuyo cómputo inicial deberá efectuarse desde la fecha de comisión del hecho disciplinario, interpretándose en tales términos la expresión legal "que volverán a correr", del art. 21.3 LO 12/2007».

La sentencia (que, paradójicamente, acaba siendo desestimatoria) implica un profundo cambio en la jurisprudencia sostenida hasta la fecha en relación con diversos aspectos de la caducidad y de la prescripción. No obstante, esta nueva jurisprudencia, en principio, únicamente resulta extensible al ámbito disciplinario propio de la Guardia Civil, dejando fuera de su ámbito de aplicación a las sanciones disciplinarias de las Fuerzas Armadas. Del mismo modo, y como expresamente se señala en la **STS de 16 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 64/2009), «no es aplicable a los expedientes iniciados conforme a la normativa anterior», es decir, la Ley Orgánica 11/1991.

El detonante de este cambio de jurisprudencia viene constituido por la nueva Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, y por la STS de Pleno de la Sala Tercera de 27 de febrero de 2006, que reconoció la posibilidad de que los procedimientos disciplinarios tramitados contra jueces y magistrados pudieran también caducar (crónica VII.11.A en el n.º 34 de esta revista). En los siguientes epígrafes daremos cuenta de las innovaciones introducidas en materia de caducidad por esta

novedosa sentencia que, aun contando con dos votos particulares, ya ha sido confirmada por pronunciamientos posteriores como la **STS de 22 de diciembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 80/2010), que también cuenta con un voto particular. Las cuestiones relativas a prescripción se tratarán en los epígrafes correspondientes de esta misma crónica.

B) Los procedimientos disciplinarios contra guardias civiles pueden caducar, incluso en caso de faltas leves

El art. 65.1 de la LO 12/2007 introdujo como novedad respecto a la situación anterior la posibilidad de que los procedimientos disciplinarios por faltas graves y muy graves caduquen una vez transcurrido el plazo de seis meses desde la fecha del acuerdo de incoación del expediente. Así lo confirman, entre otras, la **STS de 14 de julio de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario n.º 121/2009). El legislador, sin embargo, no extendió expresamente esta posibilidad a los procedimientos disciplinarios por faltas leves, respecto a los que únicamente prevé que «la tramitación del procedimiento deberá completarse dentro del plazo de dos meses desde el acuerdo de inicio». La **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 5/2010), estima, sin embargo, «que en el marco de la aludida Ley Orgánica 12/2007 el instituto de la caducidad resulta igualmente aplicable a las faltas leves».

Los argumentos utilizados por la sentencia para alcanzar dicha conclusión son, en primer lugar, negar toda relevancia «[a]l hecho de que en los arts. 50 y 51 (...), y con relación a los procedimientos disciplinarios por faltas leves, no se contenga (...) mención alguna al juego del instituto de la caducidad, pues, siguiendo lo que al efecto afirma la aludida Sentencia de la Sala Tercera de 27 de febrero de 2006 (...), "la propia fijación de un plazo máximo para resolver (...) puede considerarse como una implícita invocación del instituto de la caducidad"». En consecuencia, la sentencia sostiene que «el art. 50.6 de la Ley Orgánica 12/2007 contiene una tácita o sobreentendida invocación del instituto de la caducidad».

En segundo lugar, la sentencia considera más ajustada a Derecho su nueva interpretación atendiendo a criterios de coherencia normativa, «pues si la concordancia o armonía se predica de la totalidad del ordenamiento jurídico, más necesaria lo es en el seno de las concretas normas que lo integran». De este modo, «una vez admitida la caducidad en la vigente Ley del régimen disciplinario de la Guardia Civil (...) respecto a los procedimientos incoados para la sanción de faltas graves y muy graves, ninguna razón permite sostener, sin desajustar el canon de la lógica interna que (...) esa garantía del procedimiento en que el instituto de la caducidad consiste (...) no deba operar en el régimen disciplinario del Instituto Armado únicamente en relación a los procedimientos sancionadores por falta leve».

En tercer lugar, la sentencia también considera que «no resulta neutral el significado del exorbitante aumento de que han sido objeto los plazos de prescripción de las faltas disciplinarias» que, en el caso de las faltas leves, habría pasado de dos a seis meses. A juicio de la sentencia, «este excepcional alargamiento (...) no tiene, en buena lógica, otra razón de ser que la de posibilitar a la Administración aperturar [*sic*], en su caso, una vez declarada la caducidad del expediente sancionador (...) un nuevo procedimiento».

Finalmente, la sentencia razona, remitiéndose de nuevo a la STS de la Sala Tercera de 27 de febrero de 2006, que la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1992, en su

redacción dada por la Ley 22/1993, establece que «los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992». Sobre esta base normativa, la sentencia señala que «aparece expresamente mencionado el título IV de esta Ley (...) del que forma parte el art. 44.2, que (...) es el precepto que determina (...) la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando la Administración no resuelva dentro de plazo. Por tanto, debemos concluir que este art. 44.2 de la Ley 30/1992 sí es aplicable supletoriamente a los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de la Administración».

C) Días inicial y final del cómputo del plazo de caducidad, también en los procedimientos disciplinarios contra guardias civiles

Aceptada la posibilidad de que los procedimientos disciplinarios tramitados contra guardias civiles, incluso por faltas leves, puedan caducar, la **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 5/2010), aclara que «la fecha de inicio del cómputo de la caducidad en toda clase de procedimientos sancionadores (...) es la del acuerdo de incoación del procedimiento». Así se deduciría de lo previsto en el art. 65.1 de la LO 12/2007 en relación con las faltas graves y muy graves. Del mismo modo, «el *dies ad quem* para el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento o expediente sancionador de que se trate será el de la fecha en que se hubiere notificado formalmente al interesado la resolución sancionadora que se hubiera adoptado en aquél». De esta forma, «el instituto de la caducidad deja de tener virtualidad u operatividad una vez que se notifica tempestivamente al interesado la resolución sancionadora», lo que significa que «no puede surtir efectos cuando, tras ello (...), se entra en la fase recursiva en razón de que el interesado interponga recurso de alzada o reposición».

D) La caducidad del procedimiento sancionador, incluso contra guardias civiles, no extingue la responsabilidad administrativa sancionadora

De manera congruente con lo establecido para el resto de ámbitos en los que se aplica la institución de la caducidad en los procedimientos sancionadores, como, por ejemplo, en la **STSJ de Castilla y León de 19 de noviembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 713/2008), en materia medioambiental, la **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 5/2010), también considera que «la declaración de caducidad del procedimiento sancionador de que se trate —ya sea el previsto para las faltas leves o para las graves o muy graves— no implica, en consonancia con lo dispuesto en el art. 92.3 de la Ley 30/1992, la prescripción, ni impide el ulterior ejercicio del *ius puniendi*».

E) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador, incluso contra guardias civiles

Haciéndose eco de una consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, por la STS de 24 de febrero de 2004 o la más reciente STS de 5 de octubre de 2010, la **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación con-

tencioso-disciplinario n.º 5/2010), considera que, también en relación con los procedimientos disciplinarios tramitados contra guardias civiles, la Administración sancionadora puede hacer «valer en un nuevo o posterior procedimiento (...) los actos realizados en el procedimiento caducado». En este sentido, recuerda que «al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (...), lo cual, rectamente entendido, comporta: a) Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado (...); b) Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado (...); c) Que no cabe, en cambio, que en el nuevo procedimiento surtan efecto las actuaciones propias del primero, esto es, las surgidas y documentadas a raíz de su incoación para constatar la realidad de lo acontecido, la persona o personas responsables de ello, el cargo o cargos imputables, o el contenido, alcance o efectos de la responsabilidad, pues entonces no se daría cumplimiento al mandato legal de archivo de las actuaciones del procedimiento caducado; d) Que cabe, ciertamente, que en el nuevo procedimiento se practiquen otra vez las mismas actuaciones que se practicaron en el primero para la constatación de todos esos datos, circunstancias y efectos. Pero habrán de practicarse con sujeción, ahora y de nuevo, a los trámites y garantías propios del procedimiento sancionador y habrán de valorarse por su resultado o contenido actual y no por el que entonces hubiera podido obtenerse; e) Que por excepción, pueden surtir efecto en el nuevo procedimiento todas las actuaciones del caducado cuya incorporación solicite la persona contra la que se dirige aquél, pues la caducidad «sanciona» el retraso de la Administración no imputable al administrado y no puede, por ello, desenvolver sus efectos en perjuicio de éste».

F) La caducidad del procedimiento sancionador, incluso contra guardias civiles, implica que el plazo de prescripción se tenga por no interrumpido

Finalmente, el último de los pronunciamientos de la **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 5/2010), en relación con la declaración de caducidad de los procedimientos disciplinarios tramitados contra guardias civiles tiene que ver con los efectos de dicha declaración en relación con la interrupción del plazo de prescripción de la falta perseguida. En particular, la sentencia estima que esta declaración de caducidad, así como la de los sucesivos procedimientos que, en su caso, pudieran volver a incoarse, «produce, *ex* art. 92.3 de la Ley 30/1992, la desaparición de los efectos interruptivos del plazo de prescripción que la notificación al interesado del acuerdo de inicio o incoación de cualquier procedimiento disciplinario determina a tenor del art. 21.3 de la Ley Orgánica 12/2007».

10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Interrupción de la prescripción por inicio del procedimiento sancionador debidamente notificado

Recuerda la **STS de 4 de octubre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 11/2010), que «la función interruptiva de la prescripción (...) no se colma sólo con

la orden de proceder o de incoación, sino que precisa, además, del conocimiento formal por el expedientado, de manera que tal efecto interruptivo habrá de producirse desde la fecha en que la notificación tenga lugar». En el supuesto enjuiciado, y por diversas vicisitudes, no fue posible notificar personalmente el inicio del expediente disciplinario al militar contra el que se dirigía, lo que obligó a acudir a la notificación mediante edicto. Sin embargo, ello determinó que «cuando se notificó la incoación del expediente al encartado ya había transcurrido en cualquier caso con exceso el plazo de seis meses desde que se produjeron los hechos sancionados (...), por lo que ha de considerarse dicha falta prescrita y extinguida la responsabilidad disciplinaria, con la consiguiente nulidad de la sanción impuesta».

B) Peculiar régimen de prescripción de las infracciones militares. Cambio de jurisprudencia en relación con las infracciones cometidas por guardias civiles

La **STS de 20 de diciembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario n.º 5/2010), de la que ya nos hemos ocupado en sede de caducidad, introduce también importantes modificaciones en la jurisprudencia mantenida hasta ahora por la Sala de lo Militar en relación con la prescripción de las faltas disciplinarias cometidas por guardias civiles. En concreto, esta sentencia establece, en línea con lo sostenido hasta ahora por la Sala Tercera del mismo Tribunal, que «la interrupción, por razón de la notificación formal al interesado del acuerdo de inicio o incoación del procedimiento o expediente disciplinario, de la prescripción ya ganada no comporta literalmente (...) la extinción del tiempo de prescripción que hubiere transcurrido hasta el momento de aquella notificación, sino la separación del lapso temporal ya pasado o consumido del resto o parte del total del plazo prescriptivo que aún no se hubiese gastado o agotado al momento de llevarse a cabo tal notificación». Es decir, «el cálculo o la cuenta del tiempo de prescripción se reanuda o continúa a partir del momento en que quedó interrumpido, sin que, en consecuencia, el tiempo de prescripción transcurrido hasta el momento de notificarse al interesado la incoación del procedimiento disciplinario quede sin efecto, es decir, extinguido».

C) El plazo de prescripción de las infracciones permanentes no comienza mientras aquéllas subsistan

La empresa Gravera del Jarama, S.A. fue sancionada por la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid por la creación de una lámina artificial de agua de 6,98 hectáreas incumpliendo las condiciones de la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental. La sociedad citada alegó en su defensa la prescripción de la infracción, pues ya le constaba a la Administración la existencia de dicha laguna desde el año 2002, habiéndose producido la resolución sancionadora en 2009. Sin embargo, la **STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 705/2009), rechaza esta pretensión, al considerar que «la creación de una lámina superficial de agua de 6,98 hectáreas en el área de explotación de "La Alameda" (...) es una infracción permanente y en tanto subsista, cualquiera que sea la fecha de su creación, la infracción se sigue cometiendo y no se inicia el plazo de prescripción».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL.

   A) Limitaciones a la propiedad derivadas de la protección del patrimonio histórico-artístico que justifican la expropiación del terreno sobre el que aquél se asienta.

3. *CAUSA EXPROPRIANDI.*

   A) Necesidad de especificar la *causa expropriandi* en un Plan Especial de reserva de suelo como requisito de validez de las expropiaciones que dicho Plan legitima.

   B) No cabe la privación del derecho de propiedad en ejecución de un retracto administrativo que sobrevenidamente pierde el elemento esencial de la causa que lo legitima.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.

   A) Esencialidad y efectos invalidantes del trámite de información pública en el procedimiento de expropiación forzosa, que no puede convalidarse con el homónimo trámite previsto en la legislación de carreteras.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo producidos en materia expropiatoria entre el 1 de enero al 31 de abril de 2011, de los que se reseña la doctrina más relevante. De todos los pronunciamientos examinados destaca sobremanera la novedosa doctrina sentada por una Sentencia del Tribunal Supremo sobre el retracto acordado por la Administración forestal autonómica que, en el momento de su ejecución forzosa, había perdido su finalidad originaria, por lo que es invalidado por desaparición sobrevenida de la *causa retractandi*. De la sentencia se extraen importantes consecuencias para la teoría general de la causa del acto administrativo y de los requisitos de validez de los actos de privación forzosa de derechos patrimoniales.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Limitaciones a la propiedad derivadas de la protección del patrimonio histórico-artístico que justifican la expropiación del terreno sobre el que aquél se asienta

La **Sentencia de 11 de marzo de 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, recaída en el asunto *Potomska* y *Potomski* contra Polonia (As. núm. 33949/2005) analiza la licitud de las restricciones impuestas al derecho de propiedad desde la legislación sobre patrimonio histórico. El asunto tiene su origen en la adquisición por un matrimonio polaco de una parcela edificable sobre la que, posteriormente, se les impide construir por ubicarse sobre los terrenos los restos de un cementerio judío de principios del siglo XIX que es considerado un monumento con especial valor histórico. En estos casos, la legislación polaca prevé la posibilidad de que el Ayuntamiento donde su ubican los bienes expropie los terrenos con cargo a una subvención *ad hoc* de las autoridades competentes en materia de patrimonio histórico-artístico, o bien la posibilidad de permutarlos por otros en los que materializar el aprovechamiento urbanístico, que fue el camino seguido por las autoridades polacas. No obstante, las dos parcelas de reemplazo ofrecidas no satisficieron a los propietarios, que las rechazaron por no corresponderse con las condiciones de la que originariamente adquirieron; por lo que solicitaron la expropiación, que finalmente no se produjo por falta de recursos económicos del Ayuntamiento. Los propietarios persiguieron ante los Tribunales su derecho a ser compensados por la pérdida del desarrollo urbanístico que suponía la declaración de su parcela como parte de un monumento histórico y, al no ser atendida, dedujeron una demanda ante el TEDH, que analiza la cuestión en su sentencia desde la perspectiva del art. 1.º del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derecho Humanos.

En el proceso seguido ante el Tribunal, el Gobierno polaco admite que hubo una injerencia en el derecho de los demandantes a un disfrute pacífico de sus posesiones. Sin embargo, sostiene que la injerencia estaba prevista por la Ley de protección de monumentos históricos, que prevé su compensación mediante las figuras de la permuta o la expropiación, por lo que a la luz del Convenio ha de considerarse una injerencia proporcionada y justificada. Asimismo alega que tanto las autoridades públicas como los demandantes tenían conocimiento de que la propiedad en cuestión había sido previamente utilizada como un cementerio, pues en los autos consta que los vestigios de dicho cementerio eran claramente visibles cuando los demandantes compraron la parcela. Por otra parte, argumenta que los demandantes no habían aprovechado la posibilidad ofrecida por las autoridades de permutar la parcela en cuestión por otra parcela; pese a habérsele comunicado de que en el caso del rechazo de la segunda propuesta de intercambio, la única solución sería la expropiación de su propiedad, y que tal cosa estaba supeditada a la concesión de una subvención por parte de las autoridades estatales. El Gobierno sostuvo que los demandantes habían sido informados de que, debido a que los recursos financieros eran limitados, era imposible decir cuándo podía ser resuelto su caso. En su opinión, al negarse a la permuta, los demandantes habían aceptado que la expropiación no podría llevarse a cabo hasta el momento en que los recursos financieros adecuados estuvieran disponibles, por lo que deberían soportar las consecuencias de sus decisiones.

El art. 1 del Protocolo Adicional 1.º al TEDH, que garantiza el derecho a la protección de la propiedad, contiene tres normas distintas: la primera regla, que figura en la primera frase del primer párrafo («Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes»), es de carácter general y enuncia el principio del disfrute pacífico de la propiedad; la segunda regla, que figura en la segunda frase del párrafo primero («Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional»), abarca la privación de la propiedad y la somete a ciertas condiciones; la tercera regla, expresada en el párrafo segundo («Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas»), reconoce que los Estados tienen derecho, entre otros cosas, a regular y controlar el uso de la propiedad de acuerdo con el interés general. Como tantas veces ha dicho el TEDH, las tres normas son complementarias. Las normas segunda y tercera se refieren a casos concretos de injerencia en el derecho al disfrute pacífico de la propiedad y por lo tanto deben ser interpretadas a la luz del principio general enunciado en la primera norma. En el presente caso, el Tribunal señala que la decisión de las autoridades polacas no privaba a los demandantes de sus posesiones, pero sometía la utilización de esas posesiones a importantes limitaciones, por lo que debe examinar la situación denunciada bajo la norma general establecida en la primera frase del párrafo primero del art. 1 del Protocolo núm. 1.

Desde esa perspectiva, el Tribunal afirma que es una cuestión no debatida que la injerencia en cuestión había sido prevista por la Ley. Y tampoco cabe duda de que perseguía un objetivo legítimo: la protección del patrimonio cultural. El Tribunal recuerda que la conservación del patrimonio cultural y su utilización tienen como objetivo, además del mantenimiento de una cierta calidad de vida, la conservación de las raíces históricas, culturales y artísticas de una región y de sus habitantes.

Es doctrina reiterada del TEDH que cualquier injerencia con el derecho al disfrute pacífico de las posesiones debe lograr un «equilibrio justo» entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requisitos de la protección de los derechos fundamentales de la persona. En concreto, debe haber una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar mediante las medidas aplicadas por el Estado, incluyendo medidas de privación a una persona de sus propiedades o de sus derechos reales o intereses patrimoniales sobre ella.

El Tribunal debe, en consecuencia, determinar en cada caso si en razón de la acción del Estado o la inactividad de la persona en cuestión, tuvo o no que soportar una carga desproporcionada y excesiva. Al evaluar el cumplimiento del art. 1 del Protocolo Adicional 1.º, el Tribunal debe hacer un ejercicio de ponderación consistente, como la sentencia comentada recuerda,

> «en el examen global de los diversos intereses en cuestión, teniendo en cuenta que el Convenio tiene por objeto salvaguardar los derechos que son «prácticos y eficaces». Se debe mirar detrás de las apariencias e investigar la realidad de la situación denunciada. Esta valoración puede implicar no sólo los términos de la compensación correspondiente —si la situación es similar a la toma de la propiedad—, sino también la conducta de las partes, incluidos los medios empleados por el Estado y su aplicación. En ese contexto, cabe des-

> tacar que la incertidumbre —ya sea legislativa, administrativa o derivada de las prácticas aplicadas por las autoridades— es un factor a tener en cuenta al valorar la conducta del Estado. De hecho, cuando está en juego un tema de interés general corresponde a los poderes públicos actuar con tiempo, de manera adecuada y coherente».

Al regular y aplicar estas «interferencias» con los derechos de los propietarios, el Estado tiene un amplio margen de apreciación de lo que está «de acuerdo con el interés general», especialmente cuando se refiere a cuestiones del patrimonio ambiental y cultural; pues la propiedad tiene una función social que debe ponderarse para determinar si se ha roto el justo equilibrio entre las demandas del interés general y los derechos individuales. En este contexto, el Tribunal estima que debe hacerse una consideración especial en cuanto a si el demandante, al adquirir la propiedad, conocía o debiera tener un conocimiento razonable de las restricciones o posibles futuras restricciones sobre la propiedad, (SSTEDH *Allan Jacobsson contra Suecia*, 25 de octubre de 1989, y *Łącz contra Polonia*, de 23 de junio de 2009), la existencia de una legítima expectativa respecto al uso de la propiedad o aceptación del riesgo de la compra (STEDH *Fredin contra Suecia*, de 18 de febrero de 1991), la medida en que la restricción limita el uso de la propiedad (*Katte Klitsche de la Grange contra Italia*, de 27 de octubre 1994) y la posibilidad de cambiar la necesidad de la restricción (*Phocas contra Francia*, de 23 de abril de 1996).

El Tribunal remarca que la legislación polaca nacional prevé un arreglo particular en orden a la expropiación de propiedades que han sido consideradas por las autoridades monumentos de especial significado cultural. De conformidad con los arts. 33 y 34 de la Ley de Protección del Patrimonio Cultural polaca, un monumento de valor histórico, científico o artístico podría ser adquirido por el Estado si el interés público así lo requiere. La expropiación podría llevarse a cabo sólo a petición de las autoridades públicas, y el papel de los demandantes en el proceso se limita a la presentación de solicitudes para iniciar el procedimiento de expropiación. Estas solicitudes no tuvieron, en el caso del matrimonio *Potomska* y *Potomski*, ningún efecto vinculante sobre las autoridades, que gozaron de total discreción al respecto. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal encuentra que la posición de los demandantes es claramente desventajosa.

En este punto, el Tribunal recuerda que el ejercicio real y efectivo del derecho protegido por el art. 1 del Protocolo núm. 1 no depende sólo del deber del Estado de no interferir, y que puede dar lugar a obligaciones positivas, que pueden implicar la adopción de medidas necesarias para proteger el derecho de propiedad. En este sentido, el éxito en la petición para que las autoridades adquirieran la propiedad, es un factor importante a considerar (véase la STEDH *Phocas contra Francia* —antes citada— ap. 60). En el presente caso, la legislación nacional no provee de un procedimiento por el cual los demandantes puedan hacer valer ante un órgano judicial su demanda de expropiación y exigir a las autoridades la compra de sus propiedades (véase, *mutatis mutandis*, *Skibińscy contra Polonia,* de 14 de noviembre de 2006, relativa a los propietarios que fueron amenazados con la expropiación de sus bienes en un momento indeterminado en el futuro). En consecuencia, el Tribunal encuentra que los demandantes se vieron privados de cualquier medio para obligar a las autoridades del Estado a expropiar sus bienes. En la valoración de la proporcionalidad, la falta de tal procedimiento es clave para la decisión de este caso. A este respecto, el Tribunal observa que la primera solicitud de los demandantes de disponer de una parcela alternativa

se hizo en 1995 ante el Jefe de la Oficina de Distrito de Koszalin, la autoridad competente en la materia en ese momento. Sin embargo, la petición fue en vano. En 2002, los demandantes manifestaron su voluntad de resolver la cuestión por medio de un intercambio de tierras. En 2003, tratando de resolver la situación, las autoridades ofrecen por dos veces una alternativa de propiedad a los demandantes. Sin embargo, los demandantes rechazaron ambos ofrecimientos, objetando que las parcelas no cumplían con sus expectativas. En concreto, respecto a la primera parcela, los demandantes alegaron que no se correspondía con el valor de su propiedad y consistía en campos y pantanos. El Tribunal toma nota del argumento de los demandantes de que el Gobierno no proporcionó una valoración de sus propiedades ni de las propiedades alternativas. Además, el Tribunal observa que la legislación nacional no les obliga a aceptar una oferta de bienes alternativos incluso si coincidieran con el valor de la parcela original.

En términos generales, el Tribunal observa que en caso de disputa sobre la idoneidad de una propiedad ofrecida en un lugar por las autoridades en el marco de las negociaciones previas a la expropiación debería existir un procedimiento legal para resolver dicha disputa, y así asegurarse un justo equilibrio entre los intereses en juego. En estas circunstancias, considera que los demandantes no podrían ser culpados por negarse a ambas ofertas, ya que parece que no había garantía de que sus intereses estuvieran suficientemente protegidos. Visto lo anterior, el Tribunal encuentra que la objeción del Gobierno en relación al rechazo de los demandantes a aceptar las parcelas alternativas debe ser rechazada. Es más, el Tribunal observa que la injerencia en el derecho de los demandantes al disfrute pacífico de sus propiedades comienza el 4 de mayo de 1987 y, aparentemente, persiste hasta nuestros días. El considerable lapso de tiempo transcurrido desde que los demandantes denunciaron la injerencia en cuestión, es otro elemento en la valoración del Tribunal respecto a la proporcionalidad de las medidas tomadas. Además, la situación de los demandantes se vio agravada por el estado de incertidumbre en que se encontraban, en vista de la imposibilidad permanente de desarrollo de su propiedad o de su expropiación.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, el Tribunal encuentra que el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las exigencias de la protección del derecho a la propiedad se ha roto en este caso y que los demandantes tuvieron que soportar una carga excesiva, por lo que estima que hubo violación del art. 1 del Protocolo num. 1 al Convenio.

3. *CAUSA EXPROPRIANDI*

A) Necesidad de especificar la *causa expropriandi* en un Plan Especial de reserva de suelo como requisito de validez de las expropiaciones que dicho Plan legitima

La **STS de 4 de febrero de 2011** (rec. núm. 5605/2006) resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 3 de julio de 2005 (rec. núm. 521/1999) que desestimó los recursos interpuestos contra una Resolución del Conseller de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalitat de Valencia que aprobó el Plan Especial delimitador del Área de Reserva para ampliación de suelo público en los municipios de Benidorm y Finestrat

(Alicante), y contra las Resoluciones que aprobaron definitivamente la relación de propietarios afectados y bienes y derechos de necesaria ocupación para la expropiación.

La sentencia de instancia analiza la legislación urbanística aplicable (Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística) a las reservas autonómicas de suelo urbano que, de no estar previstas en el Plan de Ordenación del Territorio, han de aprobarse por un Plan Especial que no tiene carácter ordenador, sino delimitador del espacio reservado para legitimar su expropiación. Para ello, dicho Plan ha de concretar y motivar la finalidad de la reserva.

En el proceso de instancia se debatía, justamente, la ausencia de concreción y de motivación del objetivo o finalidad del Plan Especial de Reserva del Plan debatido y a la falta de definición de los usos del suelo. Para analizar esta cuestión, la Sala se remite a la Resolución aprobatoria del Plan, según la cual el objeto de la reserva es obtener suelo para implantar «un complejo metropolitano para actividades lúdicas de carácter terciario recreativo de grandes dimensiones» (un parque temático). En vistas de ello, la Sala sostiene la legalidad del Plan, puesto que

> «La creación o implantación de áreas metropolitanas con fines recreativos ha sido considerada finalidad o motivo suficiente para la obtención, por las Administraciones competentes, de terrenos afectos a dicho objetivo. Así se evidencia en relación a los complejos lúdicos metropolitanos, que han dado en llamarse "Parques Temáticos", cual el de Salou-Vilaseca (Port Aventura), respecto del cual el Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 20 de abril de 1999 y la de 20 de marzo de 1999, ha avalado dicha posibilidad, es decir la vinculación del "interés social", que justifica la creación de una reserva de suelo, con la creación de un complejo recreativo-turístico.
>
> En cualquier caso, como esta Sala ha establecido en la Sentencia de 9 de diciembre de 2002, la constitución y ampliación de patrimonios públicos del suelo ya sería causa legitimatoria de la expropiación forzosa.
>
> Lo primero que hay que decir es que, como bien afirma la contestación a la demanda, si bien en sus orígenes el instituto expropiatorio estaba conectado a la creación de obras públicas, en la actualidad no necesariamente debe darse esa conexión. Y la misma introducción en nuestras leyes expropiatorias del concepto de interés social refleja la superación de la vinculación del instituto expropiatorio a las obras públicas, en la medida en que nos encontramos con casos en que el beneficiario no es una Administración ni tampoco uno de sus concesionarios. Ello, por lo demás, es coherente con el propio concepto de Estado Social de Derecho, caracterizado, como afirma la STC 18/1994, de 2 de febrero, por el hecho de que también los particulares realizan funciones y actividades que pueden considerarse de interés general, sin que por tanto exista un monopolio de la iniciativa administrativa al respecto.
>
> Desde otra perspectiva no puede desconocerse que la diversificación de la oferta turística mediante la creación de un parque temático, o de una zona metropolitana lúdico-recreativa vinculada, además, a la diversificación de la oferta turística —como la que es aquí objeto de debate—, resulta de utilidad pública, máxime en una zona donde existe sobresaturación del turismo de playa.
>
> La Sentencia de esta Sala y sección 58/2002, de 18 de enero, afirma, en relación con otro parque temático, que la promoción del turismo y el desarrollo regional son competencias de la Comunidad Valenciana, y que no puede dudarse del interés de la actuación en cuestión

> para el desarrollo turístico y para la economía de la Comunidad; por lo que la actuación proyectada es de interés general y por tanto concurre causa que legitima la expropiación.
>
> Y a mayor abundamiento tampoco parece cuestionable que la creación de dicha área, con complejos hoteleros y zona comercial adyacente, vaya a ser un motor importante para la creación de empleo, e incentivador de la inversión y de la economía regional.
>
> Finalmente sólo cabe añadir que el achacar al PE delimitador de área de reserva, falta de concreción respecto de usos e infraestructuras, equivale a desconocer la naturaleza de este instrumento de planeamiento, que como establecimos en la fundamentación anterior, es simplemente "delimitador" del espacio físico en el que se actuará. La determinación de usos e infraestructuras, queda reservada al Plan Especial Director, que en lo que se refiere a nuestro caso, fue aprobado por la COPUT el 5 de marzo de 2001 y su legalidad avalada por numerosas sentencias de esta Sala (2/1024/ 03; 2/1722/ 03; 2/1728 /03; 2/451/04...)».

De este modo justifica el Tribunal de instancia la legalidad del Plan Parcial de Reserva de Suelo, cuyas determinaciones pueden limitarse, a juicio de la Sala, a delimitar el perímetro de la reserva a efectos expropiatorios y designar genéricamente su finalidad, puesto que la ordenación de ese uso es función reservada al Plan Especial Director de Usos e Infraestructuras.

Al resolver el recurso de casación deducido contra este pronunciamiento, el Tribunal Supremo estima el motivo basado en la ausencia de la *causa expropriandi* de la que, según los recurrentes, adolece al sentencia impugnada.

El Tribunal Supremo acoge la alegación de los recurrentes que considera insuficiente para salvar la declaración de utilidad pública e interés social a efectos expropiatorios el genérico propósito definido en el Plan Especial de reserva de suelo que se limita a apuntar vagamente en su memoria que el objeto de la reserva es la implantación de un Parque temático, sin especificar más la finalidad o destino de la reserva de suelo y sin nada más que la justifique. Por lo demás, también entiende el Tribunal Supremo que la Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística faculte para expropiar suelo con la finalidad de ampliar los patrimonios públicos de la Generalitat con independencia del fin a que luego se vayan a destinar los bienes expropiados. La sentencia recuerda el precedente sentado por la STS de 21 de mayo de 2003 a propósito del Patrimonio Municipal del Suelo (PMS) que regulaban los arts. 276 y ss. del TRLS de 1992. Según el citado pronunciamiento,

> «La devaluación del requisito de la expresión de los fines concretos de la reserva puede propiciar abusos manifiestos, como siempre que se relaja la necesidad de la motivación. Sin que afirmemos que éste sea un caso abusivo, aquí se hace una reserva de 1.397.030 metros cuadrados sin que se sepa en concreto a qué finalidades van a ser destinados, qué fines sociales se anuncian y cuántos y cuáles previsiones de viviendas protegidas se vaticinan. Si este requisito no se exige el PMS podría convertirse, en contra de la naturaleza y finalidad que le imponen los arts. 276 y 280.1 del TRLS de 1992, en un mero procedimiento municipal de adquisición de suelo, al margen de cualquier finalidad específica.
>
> Es cierto que la adquisición de estos terrenos por el Ayuntamiento no es obligatoria, porque el art. 278.1 del TRLS de 1992 habla de "posible adquisición", de forma que la reserva no significa que vaya a ser seguida necesariamente de la adquisición. Pero ni siquiera esta consideración puede conducir a que se prescinda en el acto de la reserva de toda referencia

> seria y razonable sobre el destino hipotético concreto de los bienes, pues de otra forma podría desnaturalizarse, como decimos, la propia figura del PMS».

Esta doctrina supuso un cambio de criterio con respecto a sentencias anteriores del Tribunal Supremo en las que se entendía suficiente expresar la finalidad inmediata en el acuerdo de reserva de suelo, la incorporación al PMS; pero no la mediata, esto es, el futuro destino a viviendas de protección o usos sociales. El Tribunal Supremo considera que esta doctrina encaja perfectamente en el caso de autos y, en su aplicación,

> «necesariamente debemos expresar en primer lugar nuestra discrepancia con el Tribunal de instancia cuando refiere en su fundamento de derecho segundo, siguiendo Sentencia anterior de la propia Sala de 9 de diciembre de 2002, que "la constitución y ampliación de patrimonios públicos del suelo ya sería causa legitimadora de la expropiación forzosa". Es claro que con tal razonar pone de manifiesto que sigue el criterio anterior a la Sentencia de 21 de mayo de 2003 que se conformaba con la expresión de la finalidad inmediata (incorporación de los terrenos reservados al Patrimonio Municipal del Suelo) en consideración a que la mediata (el futuro destino a viviendas protegidas y otros usos sociales), ya estaba dispuesta en la Ley y cualquier desviación era susceptible de discutirse en otro pleito.
>
> Sin duda, la expresión de los concretos usos a los que se van a dedicar los terrenos constituye una exigencia en garantía de los ciudadanos frente a abusos cuya constatación no debe posponerse, con los sacrificios que ello supone, a otro pleito, cuando no hay una concreción seria y razonable en la declaración de la *causa expropriandi* de la finalidad perseguida.
>
> Siendo el expuesto el criterio que este Tribunal mantiene y que determina necesariamente casar la sentencia de instancia, el tema de litis se traslada a una cuestión muy concreta, a saber, si la referencia en la Memoria del Plan Especial impugnado a propiciar la implantación de un complejo metropolitano de actividades lúdicas de carácter terciario recreativo de grandes dimensiones en la ciudad de Alicante, única realmente facilitada para conocer lo proyectado, es suficiente para entender que sí se da cumplimiento a la exteriorización de lo que hemos denominado, siguiendo la Sentencia de 21 de mayo de 2003, la finalidad mediata. La respuesta debe ser negativa. El texto de referencia es un ejemplo paradigmático de indeterminación, de vaguedad extrema, en cuanto no permite conocer la concreta finalidad de usos que justifica la expropiación».

En consecuencia, la sentencia concluye que la motivación expresada en la Memoria del Plan Especial de reserva no cumple la exigencia de concretar la finalidad de la reserva. La referencia a un complejo con las características que se expresan en la Memoria del Plan Especial impugnado adolece de una mínima especificación que permita conocer lo que se proyecta.

B) No cabe la privación del derecho de propiedad en ejecución de un retracto administrativo que sobrevenidamente pierde el elemento esencial de la causa que lo legitima

La **STS de 21 de marzo de 2011** (rec. núm. 5596/2006) resuelve el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de octubre de 2006 (rec. núm. 1769/2003) que estimó

parcialmente las pretensiones del propietario de una finca cordobesa contra el acuerdo de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía que ordenaba la ejecución del retracto (reventa forzosa desde la perspectiva del art. 1 de la LEF) ejercido en su día sobre la compraventa de su finca tras resolverse el largo proceso contencioso-administrativo seguido contra dicho retracto, acordado en octubre de 1990 por el Presidente del Instituto Andaluz de Reforma Agraria en aplicación de la Ley forestal de 1941. La sentencia de instancia estima la reclamación del propietario en lo referente a la compensación económica que debía acompañar el pago del precio de adquisición a la hora de retractar la finca en razón de las muchas mejoras hechas por el propietario a lo largo de años desde la adopción del acuerdo de retracto.

El recurso de casación frente a la citada sentencia analiza, entre otros motivos, la alegación de pérdida sobrevenida de la *causa retractandi* que se argumenta por el recurrente en la ilicitud de una la privación del derecho de propiedad en ejecución de un retracto administrativo que sobrevenidamente pierde el elemento esencial de la causa que legitimó su ejercicio, lo que hace igualmente ilícito e innecesario cualquier procedimiento de ejecución de sentencia en ese sentido.

La sentencia declara probado en instancia que el valor actual de la finca era muy superior al precio de adquisición sobre el que se ejercía el retracto, debido a las inversiones y mejoras continuas que en ella había realizado el propietario desde su adquisición (y en las que ha intervenido, autorizándolas y consintiéndolas, la Administración actuante), que habían hecho que la finca pasara de presentar evidentes y manifiestas carencias en el momento de la transmisión privada a convertirse hoy en una explotación ejemplar en la zona, como expresamente reconoce la sentencia de instancia.

A la vista de este dato, el Tribunal Supremo acoge el motivo relativo a la desaparición de la causa del retracto ejercido por la Administración con un razonamiento impecable en torno a la causa como elemento de validez —que no de eficacia— del acto administrativo, que acompaña a éste desde su adopción; de modo que al desplegar sus efectos (en este caso veinte años después de ser acordado) ha de seguir ajustándose a aquélla, pues lo contrario determinaría la inadecuación sobrevenida del mismo al fin que lo justifica por la desaparición (o cumplimiento por el propietario, según se vea) de la única causa en la que apoyaba su legalidad: la repoblación forestal. Merece la pena reproducir *in extenso* el desarrollo de este argumento en la sentencia:

> «No existe una norma que regule los supuestos en los que, como aquí sucede, a la fecha en que se trata de ejecutar el retracto —fuera de cualquier plazo previsible o razonable— haya desaparecido con posterioridad la causa de utilidad pública originariamente invocada, sin que, por otra parte, la Junta de Andalucía demandada acredite o justifique la persistencia de la finalidad pública entonces aducida o identifique el interés público actual en la adquisición de la finca, evitando entrar en este específico debate, esencial en la decisión que adoptamos.
>
> Debemos, pues, acudir a los principios generales de la actuación administrativa. Como es sabido el art. 103.1 CE dispone que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales", por su parte el art. 106.1 CE establece que "los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", y el art. 53.2 de la Ley 30/1992, indica que

"el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos". Este precepto establece como requisito de validez de los actos administrativos la adecuación de su contenido con la finalidad pública contemplada en la norma que atribuye la potestad al órgano público en cuyo ejercicio dicta el acto administrativo. Esta adecuación, que determina el ejercicio de la potestad, es un elemento o requisito que la doctrina mayoritaria identifica como la causa del acto administrativo. De manera que el contenido del acto administrativo debe adecuarse o ser congruente con los fines propios de la potestad ejercitada, esto es, con el fin normativo concreto, adecuación o congruencia que con arreglo al citado precepto —53.2 LAP— opera, como hemos dicho, como requisito de validez (no de eficacia) del acto administrativo. Requisito de validez que ha de concurrir no sólo en el momento inicial en el que se dicta el acto administrativo, sino que es exigible su persistencia durante el tiempo en el que el mismo despliega sus efectos jurídicos, singularmente cuando el acto administrativo ha de ejecutarse materialmente. En el supuesto en el que la adecuación que inicialmente concurre cuando se dicta el acto administrativo —por tanto, originariamente válido— se difumina y diluye por ulteriores circunstancias sobrevenidas, esta desaparición determina y provoca —al no operar la causa— la invalidez sobrevenida del acto administrativo, y por tanto la falta de base jurídica para su ejecución. La consecuencia es que el acto inicial que incurre en invalidez sobrevenida deja de tener aptitud para producir efectos y deviene inidóneo para fundamentar las actuaciones dirigidas a su cumplimiento.

Con arreglo a lo razonado, la finalidad del ejercicio del retracto forestal es el destino al que ha de afectarse la finca objeto de transmisión, esto es, al fin específico que se establece en la legislación forestal que ampara la transmisión de la finca litigiosa para su gestión pública. Esta finalidad, como hemos indicado, la mejora y conservación de la finca forestal (pues no cabe aceptar como tal la ampliación del patrimonio forestal no vinculado a un fin público), ha de predicarse no sólo en el momento en el que se decide por la Administración el ejercicio del retracto —en una concepción estática de la causa del retracto— sino que ha de permanecer y subsistir cuando se decide su ejecución material, esto es, cuando ha de procederse a su realización a través de los correspondientes actos administrativos como los que dan lugar al presente proceso.

No procede desconectar la causa del acto declarativo del ejercicio del retracto por razón de utilidad pública con la de aquellos actos tendentes a su posterior materialización, pues en ese momento cabe comprobar la validez y subsistencia de la causa respecto del bien sobre el que recae. La constatación de la desaparición sobrevenida de la causa inicial de utilidad pública del retracto en el ulterior momento de su realización —antes de su consumación— por razón de que la finalidad perseguida, la mejora forestal, por circunstancias inusuales, se ha realizado previamente por el comprador, determina que la causa de utilidad pública se haya desvanecido y origina la invalidez sobrevenida de los actos administrativos que disponen la ejecución del retracto, en la medida que dicha causa habilitante o presupuesto legitimador no estaba vigente y no podía identificarse en el momento de su consumación, al faltar la imprescindible adecuación del contenido del acto al fin normativo específico. Esta invalidez sobrevenida de la causa de utilidad pública en el momento de la ejecución del retracto implica un vicio de anulabilidad que comporta la anulación de los actos impugnados que disponen la ejecución del retracto.

Esta interpretación resulta conforme con el derecho de propiedad garantizado en el art. 33 CE, invocado por los recurrentes, pues no cabe la privación del derecho de propiedad en virtud del ejercicio de un acto administrativo que sobrevenidamente carece del elemento esencial de la causa que constitucionalmente lo legitima.

> Desaparecida, pues, la causa que determinaba la utilidad pública que había sido declarada por la Sentencia de este Tribunal Supremo con base en la finalidad de reforestación de la finca, es claro que se ha privado de cobertura y fundamento a la ejecución del retracto administrativo, al no mantener su vigencia la lejana decisión de su ejercicio por la Junta de Andalucía. Tal situación trae consigo la desaparición sobrevenida de la declaración de la causa de utilidad pública y, por tanto, la nulidad de las resoluciones administrativas que disponen su ejecución.
>
> Frente a ello no cabe alegar que existía una Sentencia con fuerza de cosa juzgada que obligaba a estar a las consecuencias del citado acto administrativo, incluido el ejercicio del retracto sobre la finca en un ulterior momento. La Sentencia invocada declara la corrección del retracto en el año 1990, pero no legitima ni da cobertura a su extemporánea ejecución cuando se advierte que no concurre ya la causa de utilidad pública que autorizaba dicha actuación, con lo que faltan los requisitos imprescindibles para continuar y llevar a cabo el retracto respecto al bien adquirido por el recurrente, razón por la que deben ser anuladas la actuaciones ulteriores tendentes a la ejecución del retracto.
>
> En fin, sobrevenida la inexistencia de la causa de utilidad pública o de interés social que el art. 33.3 de la Constitución exige inexcusablemente para la privación de los bienes y derechos de los particulares, esto es, el presupuesto indispensable para proceder a la adquisición forzosa de la propiedad, ello determina que carezcan de finalidad pública las actuaciones desplegadas al amparo de la utilidad pública o interés social inexistentes, habida cuenta de la falta de dicho requisito habilitante e indispensable incluso constitucionalmente para llevar a efecto la transmisión de los terrenos y en consecuencia carece de fundamento que se ultime la transmisión material de la propiedad».

En consecuencia, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y estima la pretensión del recurrente sobre la improcedencia del retracto porque en el momento de su ejecución material no concurre ninguna razón válida y actual de interés público que justifique el cambio de titularidad de la finca a favor de la Administración.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Esencialidad y efectos invalidantes del trámite de información pública en el procedimiento de expropiación forzosa, que no puede convalidarse con el homónimo trámite previsto en la legislación de carreteras

La **STS de 18 de febrero de 2011** (rec. núm. 6160/2006) resuelve el recurso de casación deducido contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha (rec. núm. 6160/2006) que declaró la nulidad del expediente expropiatorio urgente seguido para la ejecución de una carretera nacional. El tema esencial de debate en la instancia se centró en el incumplimiento del trámite de información pública, sobre el que la Sala *a quo* dijo que

> «no se ha cumplido en el presente caso, como se deriva de la falta de resultado de los requerimientos explícitos realizados en autos para la aportación de los actos o resoluciones por los que se declaró la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados por el proyecto, los cuales no han tenido adecuada respuesta, sin que tal requisito pueda en-

> tenderse cumplido con la referencia en los anuncios oficiales de que los planos parcelarios y la relación de titulares afectados estaba a disposición de los interesados en la Demarcación de Carreteras y en los Ayuntamientos de Toledo y Burguillos, lo que determina que el procedimiento expropiatorio sea nulo de pleno derecho. Como ya señalábamos en los autos 228/2002 con motivo de las expropiaciones de la Autopista de peaje R-4, en el término municipal de Seseña, el requisito anterior no puede entenderse cumplido con el sometimiento a información pública del Estudio Informativo, por tener éste una finalidad totalmente diferente, y desconocer la relación de bienes y derechos afectados; de manera que una información pública no eximiría de la otra».

En relación a esa imposibilidad de entender subsanada la omisión del trámite de información pública de los arts. 18 y 19 de la LEF, consta en los autos la publicación en el BOE de un «Anuncio por el que se somete a información pública» la relación de bienes y derechos «afectados» por las obras citadas. Según la sentencia de instancia, esta publicación hubiera sido adecuada siempre y cuando ésta hubiera ido acompañada no sólo de una mención genérica a las obras (mención que no permite conocer al ciudadano si es o no es interesado y si le interesa, por tanto, consultar el proyecto), sino de una relación de bienes y derechos afectados.

Pese al exigente tratamiento que el trámite de audiencia a los interesados tiene en nuestro ordenamiento desde que el art. 105 elevara al máximo el rango normativo de esta garantía, en materia de expropiación forzosa se viene tradicionalmente admitiendo el sistema legal de los arts. 18 y 19 de la LEF de 1954, que contemplan una mera notificación edictal del trámite de información pública, pese a que el Tribunal Constitucional, en general, ha puesto serios límites a las notificaciones edictales. Si bien se admite la realización meramente edictal del trámite, lo mínimo que cabe exigir es que los edictos publicados identifiquen nominalmente los bienes y derechos afectados, esto es, que la relación se publique efectivamente. En este caso, sin embargo, hasta de este liviano trámite edictal ha querido prescindir la Administración, pretendiendo que baste una publicación de la existencia genérica de unas obras para que el concreto titular de un bien se dé por aludido acerca de que se le está informando de la pretensión de declarar necesaria la ocupación de su bien, cosa que no es admisible. Y así lo entiende el Tribunal Supremo al resolver, inadmitiéndolo, el recuso de casación contra la sentencia de instancia dictada en este caso.

Recuerda el Tribunal Supremo largamente en esta sentencia su doctrina clara y consolidada sobre la relevancia y trascendencia invalidante del trámite de información pública en la expropiación forzosa. Tras ello analiza la peculiaridad del caso, en el que se pretende dar por sanado y convalidado el vicio de la falta de información pública con la información pública dada al «Estudio Informativo» sobre el proyecto de ejecución de las carreteras al que se refiere la legislación de carreteras, con el que básicamente se persigue dar publicidad frente a los terceros del trazado de la carretera con carácter previo al Proyecto —e incluso al Anteproyecto— de ésta, por lo que en el momento de su publicación se desconoce quiénes son los afectados por la expropiación de los terrenos que se necesitarán para su ejecución, con lo que mal puede alegarse contra la necesidad de ocupación de unos terrenos si no se sabe qué terrenos van a ser los afectados. Por tal causa, el Tribunal Supremo, al igual que hizo el Tribunal *a quo*, rechaza el argumento de la Administración recurrente afirmando que

«en modo alguno puede alegarse en ese trámite que se ocupen o no bienes concretos tal y como alega la actora. De manera que como el estudio informativo se sometió a información pública por un plazo de treinta días carecía de sentido que luego se volviera a abrir una información pública sobre el proyecto de trazado que ya recoge los bienes, "pero cuya finalidad es la misma", y no lo compartimos porque una cosa es la información pública a los efectos previstos en la Legislación sectorial de carreteras, y otra la información pública a los efectos de la expropiación, en la que los interesados sí pueden alegar que se ocupen bienes o derechos concretos; además, el razonamiento anterior iría en contra de la doctrina que ha quedado establecida en el fundamento anterior.

Insistimos en que la rigurosidad del trámite de información pública previsto en los arts. 18 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa no puede entenderse suplido, como pretende la Abogacía del Estado, con el de la publicidad del art. 86 de la Ley 30/1992, dada su especificidad y el carácter eminentemente garantista que tiene, sin que tampoco pueda entenderse colmado, por las mismas razones, por la referencia abstracta en los anuncios oficiales a que se pueden consultar los planos y relación de afectados en la Demarcación de Carreteras y Ayuntamientos ya que difícilmente se puede saber si una persona es o no afectada si no se hace pública u oficializa esa condición.

En definitiva, no ha habido información pública en los términos exigidos por la Legislación de Expropiación Forzosa, no entendiéndose como tal la practicada sobre el Estudio Informativo, porque desconocía la relación de afectados y tenía un alcance diferente; vicio trascendente que debe provocar la anulación del procedimiento de expropiación.

(…)

La razón es que sólo mediante ese trámite específico pueden los afectados hacerse oír sobre la proyectada expropiación de sus fincas. Esto no ocurre, en contra de lo que afirman el Abogado del Estado y la beneficiaria, en los trámites regulados en los arts. 7 y 10.4 de la Ley de Carreteras, que se refieren a las características generales de la carretera proyectada, no a las concretas fincas que se deberán expropiar para su construcción; es decir, esos trámites versan sobre la oportunidad de la obra que justifica la expropiación, no sobre bienes determinados. De aquí que los afectados no puedan por esos trámites defender sus intereses de la misma manera que pueden hacerlo mediante el trámite de información pública del art. 18 LEF, que sí versa sobre la relación de bienes cuya ocupación se considera necesaria. Y algo parecido puede decirse del trámite previsto en el art. 19.2 LEF: permite sólo la corrección de errores del proyecto de obras que lleva aparejada la declaración de necesidad de ocupación, pero no permite alegar nada con respecto a la necesidad de ocupación misma. De aquí que tampoco pueda suplir al trámite del art. 18 LEF. La conclusión de todo ello es que tiene razón la sentencia impugnada al afirmar que, en el presente caso, no sólo se ha omitido un trámite de información pública preceptivo, sino que dicha omisión ha ocasionado indefensión a los expropiados».

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
   - **A) Responsabilidad sanitaria: retraso en el diagnóstico médico por omisión de las pruebas pertinentes.**
   - **B) Antijuridicidad del daño. Teoría del margen de tolerancia: no indemnizabilidad de las medidas preventivas adoptadas ante posibles riesgos para la salud humana.**
   - **C) Causalidad adecuada: falta de conexión entre el daño sufrido por una persona por la agresión de un tercero en un establecimiento público una vez sobrepasado el horario de cierre y la supuesta omisión administrativa de hacer cumplir dicho horario.**
3. DAÑO INDEMNIZABLE. CUANTÍA: CARÁCTER MERAMENTE ORIENTATIVO DE LOS BAREMOS. DISPARIDAD EN LA FIJACIÓN DE CANTIDADES.
4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES: INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS PROVOCADOS POR LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 5/2002, DE 24 DE MAYO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y MEJORA DE LA OCUPABILIDAD.
5. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO.
   - **A) Responsabilidad derivada de leyes.**
   - **B) Responsabilidad derivada de reglamentos.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Del dinamismo de la institución de la responsabilidad constituyen buena muestra algunas sentencias que se comentan en la presente crónica.

Merece hacer especial referencia en tal sentido a la progresiva implantación de la teoría de la «pérdida de oportunidad», representada por la STS de 23 de septiembre de 2010, que opera, en beneficio de los damnificados, una especie de freno o contrapeso a una cierta tendencia a la irresponsabilidad administrativa en el ámbito sanitario una vez que en este ámbito ha enraizado ya la convicción de que el sistema objetivo de responsabilidad no resulta

aplicable. Esa teoría de la pérdida de oportunidad refuerza en todo caso la necesidad de que el servicio despliegue los medios adecuados para evitar en lo posible el resultado dañoso.

A una dirección contraria, por más que pueda ser razonable, tiende la llamada doctrina del «margen de tolerancia», teoría esta cuyo manejo exige toda prudencia ya que se inspira en criterios culpabilísticos y conduce hacia la exoneración de responsabilidad de licitud más que dudosa a tenor del régimen legal de responsabilidad administrativa vigente. Un grupo de sentencias relativas a la antijuridicidad del daño ponen de relieve esta cuestión.

Finalmente, resulta muy recomendable reflexionar sobre las sentencias del Tribunal Supremo que versan sobre la responsabilidad del Legislador español por infracción del Derecho comunitario donde queda expuesta la doctrina consolidada al respecto amén de algún comentario crítico por nuestra parte sobre algunas carencias que muestran las sentencias concernidas.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria: retraso en el diagnóstico médico por omisión de las pruebas pertinentes

La mayor parte de las sentencias en materia de responsabilidad sanitaria dictadas en el período de esta crónica han desestimado las pretensiones indemnizatorias. Traemos a colación, por contraste, un pronunciamiento en que se declara la responsabilidad administrativa en un tema del máximo interés y de difícil resolución, cual es el de retraso en el diagnóstico. Se trata de la **STS de 23 de septiembre de 2010**, cuyo supuesto es el de un retraso en el diagnóstico de un cáncer de colon que le fue detectado al perjudicado por un centro de medicina privada después de cuatro meses y dos intervenciones quirúrgicas en un hospital público, y que evolucionó hasta provocar el fallecimiento de la persona.

La sentencia de instancia consideró que hubo funcionamiento anormal, porque, si bien una primera biopsia practicada en el hospital público dio resultado negativo, ante la persistencia de síntomas debió realizarse una colonoscopia. Cuando finalmente se le practicó dicha prueba, no se hizo con sedación, lo que impidió una práctica completa ante la intolerancia del paciente. No obstante, estimó que no podía saberse desde cuándo se hubiera podido obtener un diagnóstico de cáncer de colon ni si un diagnóstico más precoz hubiera conseguido evitar el fallecimiento del paciente, por lo que fijó indemnización por los gastos en que incurrió el perjudicado al tener que acudir a la sanidad privada, y por los daños morales derivados del sufrimiento inherente a no obtener un diagnóstico claro y concreto y a no ser sometido a las pruebas necesarias para establecer el diagnóstico, teniendo que desplazarse en pleno proceso de su enfermedad fuera de su ciudad para recibir asistencia médica, reconociendo una cantidad de algo más de 20.000 euros.

Se recurre en casación la no inclusión del daño moral derivado de la evolución de la enfermedad. El Tribunal Supremo considera que de haber existido un mejor y más rápido control médico el paciente habría tenido la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, y en definitiva para su vida, al no conocer la gravedad de la enfermedad que no le fue diagnosticada por los servicios públicos sanitarios:

> «Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" […] se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias».

Por ello, casa la sentencia y a la indemnización reconocida le suma en torno a 60.000 euros.

B) Antijuridicidad del daño. Teoría del margen de tolerancia: no indemnizabilidad de las medidas preventivas adoptadas ante posibles riesgos para la salud humana

En el período de esta crónica se han dictado varios pronunciamientos, las **STSS de 14 de septiembre de 2010**, Ar. 6602; **de 21 de septiembre de 2010**, Ar. 6702, **y de 1 de octubre de 2010**, Ar. 6919, que forman parte de una serie, en la que se inscribe la de 4 de marzo de 2009, Ar. 2125 y 2126, que comentamos en el número 46 de estas crónicas, y a las que han seguido las SSTS de 13 de mayo de 2009, Ar. 5308; 1 de junio de 2009, Ar. 5362; 9 de junio de 2009, Ar. 6529; 12 de junio de 2009, Ar. 6575; 1 de julio de 2009, Ar. 6877, y 20 de octubre de 2009, Ar. 1109. En todas estas sentencias se descarta la antijuridicidad del daño, y, por ende, la obligación de soportarlo, en relación con la retirada de partidas de aceite ante la detección de riesgos para la salud humana, pese a que la medida sea objeto de anulación judicial posterior, al entender que la decisión se mantuvo en el margen de lo razonable. Es una aplicación de la llamada «teoría del margen de tolerancia».

C) Causalidad adecuada: falta de conexión entre el daño sufrido por una persona por la agresión de un tercero en un establecimiento público una vez sobrepasado el horario de cierre y la supuesta omisión administrativa de hacer cumplir dicho horario

En la **STS de 22 de septiembre de 2010**, Ar. 6715, el reclamante imputa la responsabilidad de los daños y perjuicios sufridos en su persona y patrimonio al hecho de que la Administración autonómica no hubiera hecho cumplir la normativa de cierre de un establecimiento público de bebidas por razones horarias.

La sentencia de instancia —en línea con el informe del Consejo de Estado— había puesto de manifiesto la lejanísima relación de causalidad, y había impuesto las costas al reclamante al entender que la acción se había interpuesto con temeridad. El Tribunal Supremo adopta la misma posición:

> «Se pretende establecer la relación de causalidad entre el suceso del que derivó el daño para el recurrente y la culpa *in vigilando* de la Administración que no se ocupó de que el

establecimiento cumpliese con el horario de cierre establecido. Es evidente que no existe esa pretendida omisión porque la Administración ejerce su competencia suficientemente cuando regula los horarios de cierre de los establecimientos según sus características y sus actividades, de modo que el incumplimiento de esas normas únicamente es achacable a quienes están al frente de los mismos, ello sin perjuicio de la tarea de inspección que corresponde a la propia Administración y que ejercerá cuando corresponda, pero que no puede vincularse a un hecho concreto generado por el incumplimiento de quien está sujeto a la norma que debe cumplir».

3. DAÑO INDEMNIZABLE. CUANTÍA: CARÁCTER MERAMENTE ORIENTATIVO DE LOS BAREMOS. DISPARIDAD EN LA FIJACIÓN DE CANTIDADES

La **STS de 22 de septiembre de 2010**, Ar. 6717, tiene como base fáctica el fallecimiento por quemaduras de una persona recluida en un establecimiento psiquiátrico a la que se deja que se bañe sola.

El tribunal de instancia fijó una indemnización a favor del esposo e hijos de 30.000 euros, en concepto de daños morales, teniendo en cuenta que no dependían económicamente de la fallecida.

En el recurso de casación, los reclamantes, que habían solicitado una cuantía cercana a los 240.000 euros, alegaron la insuficiencia en la indemnización y argumentaron que el tribunal de instancia no había reconocido siquiera la indemnización que correspondería a la fijada en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que en este caso hubiera ascendido a unos 120.000 euros.

El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia según la cual la cuantía fijada en la instancia no puede cuestionarse en casación salvo cuando resulta contraria a la lógica, irrazonable o arbitraria y el baremo de accidentes de tráfico tiene un valor meramente orientador.

La sentencia, en efecto, se inscribe en una jurisprudencia uniforme en ambos aspectos pero, por lo mismo, no deja de poner una vez más de relieve la insatisfacción jurídica que supone la disparidad en la valoración de daños semejantes a que conduce esta libertad de fijación de la cuantía.

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES: INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS PROVOCADOS POR LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 5/2002, DE 24 DE MAYO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y MEJORA DE LA OCUPABILIDAD

En el período de esta crónica ha continuado la serie de sentencias que inició la de 2 de junio de 2010, Ar. 5494, que comentamos cumplidamente en el número anterior, que establece la responsabilidad derivada de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitu-

cional núm. 68/2007, de 28 de marzo. Pertenecen a esta saga las **SSTS de 13 de septiembre de 2010**, Ar. 8576; **de 14 de septiembre de 2010**, Ar. 8577, 8578, 8579 y 8580, y **de 15 de septiembre de 2010**, Ar. 6610, 6611, 7065, 8581, 8582, 8583 y 8609.

5. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

A) Responsabilidad derivada de leyes

En el período de esta crónica, el Tribunal Supremo ha llevado a cabo dos aproximaciones al tema de la responsabilidad del legislador por infracción del Derecho comunitario, en supuestos parcialmente diversos, manejando los mismos fundamentos teóricos y alcanzando soluciones dispares. Todos los casos se refieren a la regulación legal contraria al Derecho comunitario de la tributación por IVA de operaciones de carácter financiero, que origina una obligación de ingresos, solicitándose la devolución por la vía de la acción de responsabilidad una vez la contrariedad con el Derecho comunitario ha sido declarada por una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el primer caso, que analizan las **SSTS de 14 de julio**, Ar. 6245 **y de 17 de septiembre de 2010**, Ar. 7998 y 8095, la normativa española imponía la regla de la prorrata del IVA en función de las subvenciones percibidas para financiar la adquisición de bienes o servicios; en el segundo, objeto de la **STS de 20 de julio de 2010**, Ar. 6501, la normativa consideraba como un crédito sujeto al impuesto el aplazamiento de pagos con generación de intereses.

La doctrina general manejada es la siguiente. En cuanto al procedimiento, aplica el principio ya manejado en materia de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales, conforme al cual la reclamación previa ha de plantearse ante el Consejo de Ministros y el plazo comienza a computar desde que una sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso de leyes contrarias a la Constitución, del Tribunal de Luxemburgo, en el de leyes contrarias al Derecho comunitario pone de manifiesto la contrariedad de la Ley con la Constitución o con el Derecho comunitario, respectivamente. En cuanto al fondo, afirma que

> «No constituye novedad para este Tribunal asumir de forma clara la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades en relación con la responsabilidad objetiva del Estado por violación del derecho comunitario establecida a partir de la Sentencia Francovich y Bonifaci, de 19 de noviembre de 1991, C-6 y 9/90, referida al incumplimiento de la obligación de ejecutar correctamente las directivas y posteriormente reafirmada en la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortarme, de 5 de marzo de 1996, asuntos C-46 y 48/93, al exigir que la infracción del derecho comunitario fuere suficientemente caracterizada, tal como dijo la Sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2003, recurso contencioso-administrativo 46/1999.
>
> Destacamos el carácter de responsabilidad objetiva al ser tal la naturaleza de la responsabilidad patrimonial pública en nuestro ordenamiento jurídico cuyas reglas deben seguirse en este ámbito sin perjuicio, claro está, del respeto de los principios de equivalencia y efectividad.
>
> Por tanto esa exigencia de la violación suficientemente caracterizada debe adicionarse a que la norma jurídica vulnerada tuviere por objeto conferir derechos a los particulares y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados (apartado 51 de la Sentencia Köbler, de 30 de septiembre de 2003).

> En la precitada Sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2003 se recuerda la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 8 de octubre de 1996, Asuntos C-178 y C-179/1994, reiterando la doctrina Brasserie du Pêcheur sobre que: "25. En efecto, por una parte, una violación es suficientemente caracterizada cuando una Institución o un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa, vulnera, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades (véanse las Sentencias de 25 de mayo de 1978, HNL, y otros/Consejo y Comisión, Asuntos Acumulados 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 y 40/77, rec. p. 1209, apartado 6, Brasserie du Pêcheur y Factortame, antes citada, apartado 55 y British Telecomunications, antes citada, apartado 42) y, por otra parte, en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate, en el momento en que cometió la infracción, no estuviera confrontado a opciones normativas y dispusiera de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada (véase la Sentencia Hedley Lomas, antes citada, apartado 28). 27. Por consiguiente, tal violación engendra en favor de particulares un derecho a obtener reparación si el resultado prescrito por la Directiva implica la atribución, a su favor, de derechos cuyo contenido pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva y existe, además, una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas cuyos derechos han sido lesionados, sin que proceda tener en consideración otros requisitos. 28. En particular, no se puede supeditar la reparación del daño a la exigencia de que el Tribunal de Justicia haya declarado previamente la existencia de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado (véase la Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, apartados 94 a 96) ni a la existencia de un acto intencional o negligencia del órgano estatal al que sea imputable (véanse apartados 75 a 80 de la misma sentencia)". Es por tanto el margen de apreciación del poder legislativo, o en su caso del ejecutivo, en la ejecución de la Directiva comunitaria el que debe ser tomado en cuenta para dilucidar si la infracción puede ser calificada como "suficientemente caracterizada"».

Con posterioridad a la exposición de esta «doctrina general», el Tribunal Supremo entra a considerar si está ante una violación suficientemente caracterizada. En ambos casos, el razonamiento es inconsecuente. En el primero, considera que sí, parece que debe leerse que teniendo en cuenta que de la sentencia comunitaria condenatoria a España se deducía que no existía incertidumbre objetiva alguna respecto al alcance de la Directiva incorrectamente transpuesta (en realidad, el razonamiento es confuso, y mezcla la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario por el Legislador y por el Juez nacionales). En el segundo caso, por el contrario, entiende que no, y el razonamiento puede tacharse de inexistente (parece apuntarse que la contrariedad de la Ley con la Directiva sólo fue conocida por el Legislador tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Sorprende que a estas alturas, tras casi veinte años desde la Sentencia *Francovich*, el Tribunal Supremo llegue a sentencias tan inconsistentes en su aplicación del principio de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. Lo cierto es que la responsabilidad de las autoridades nacionales por infracción del Derecho comunitario se rige por criterios claramente establecidos por el Tribunal de Luxemburgo. Expuesta en su forma más simplificada, la responsabilidad de cualquier poder público nacional por infracción del Derecho comunitario está supeditada a la existencia de la vulneración suficientemente caracterizada de un derecho generadora de un daño. Para analizar el carácter grave o no de

la infracción (su «suficiente caracterización») hay que estar, fundamentalmente, al margen de claridad de la norma infringida, de modo que a mayor claridad mayor gravedad (léase, menor grado de disculpa). Ahora bien, este principio está moderado por el principio de equivalencia, conforme al cual si en el Derecho interno rigen unas condiciones menos estrictas (léase, más favorables para el perjudicado) en relación con reclamaciones equiparables, habrán de aplicarse éstas. En nuestro Derecho, eso significa que la responsabilidad del legislador por leyes contrarias al Derecho comunitario debe regirse por los mismos principios que su responsabilidad por leyes contrarias a la Constitución, y, por ende, no cabe exigir la gravedad de la infracción, sino que toda aplicación de una ley contraria al Derecho comunitario causante de un perjuicio debe ser indemnizada.

B) Responsabilidad derivada de reglamentos

La **STS de 21 de septiembre de 2010**, Ar. 6700, resuelve una reclamación de daños por aplicación de un reglamento contrario al Derecho comunitario.

Los antecedentes del asunto son los siguientes. El art. 20 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 3494/1981, gravaba la emisión y amortización de obligaciones. Este precepto reglamentario fue anulado, en cuanto contrario al Derecho comunitario europeo, por STS de 9 de marzo de 2001, Ar. 1669, con efectos a partir del 1 de enero de 1986, fecha de la incorporación de España a la Comunidad Europea. Entretanto el citado precepto reglamentario había sido derogado por el Real Decreto 828/1995. En este contexto, con fecha 8 de marzo de 2002, la recurrente presentó reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por las cantidades pagadas a la Hacienda Pública en concepto de amortización de obligaciones con posterioridad al 1 de enero de 1986, reclamación que fue denegada por resolución del Ministerio de Hacienda de 13 de febrero de 2003. El tribunal de instancia estimó parcialmente el recurso, al considerar que los pagos hechos por imperativo de un precepto reglamentario que luego es declarado nulo constituyen una lesión patrimonial antijurídica e imputable a la Administración, pero ha de limitarse a los pagos hechos en los cuatro años inmediatamente anteriores a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que el plazo de prescripción de los créditos frente a la Hacienda Pública, con arreglo al art. 64 de la Ley General Tributaria vigente en el momento de la reclamación, era precisamente de cuatro años.

El Tribunal Supremo considera, por el contrario, que lo discutido es una pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la aplicación de un precepto reglamentario que luego es declarado nulo. Así las cosas, el daño indemnizable consiste necesariamente en la pérdida económica causada a la recurrente por la aplicación del precepto reglamentario ilegal; pérdida económica que comprende todos los pagos a la Hacienda Pública hechos en concepto de amortización de obligaciones con posterioridad al 1 de enero de 1986, fecha a partir de la cual surte efectos la anulación del citado precepto reglamentario. La circunstancia de que algunos de esos pagos hubieran sido hechos más de cuatro años antes del día en que se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración resulta aquí irrelevante, porque el plazo de prescripción de cuatro años opera para los créditos frente a la Hacienda Pública; lo que no puede ocurrir en este caso, pues no trata de una pretensión de devolución de ingresos tribu-

tarios indebidos, solución a la que también se alcanza por la aplicación de la llamada *actio nata*, que en estos casos significa localizar el *dies a quo* en el de la sentencia que anula el reglamento en cuestión.

Lo más notable de esta sentencia es, precisamente, la aplicación de esta teoría de la *actio nata* que desplaza el *dies a quo* a la fecha de la sentencia, dado que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la responsabilidad del legislador (por leyes contrarias al Derecho comunitario o a la Constitución), nuestro Derecho sí conoce del recurso directo e indirecto contra reglamentos, por lo que podría haberse argumentado en sentido inverso. Se trata, pues, de un pronunciamiento a tomar en cuenta.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. ACCESO.

   A) Conocimiento de la lengua y del Derecho propios de la Comunidad Autónoma. Los méritos indicados no tienen carácter determinante ni preferente en la selección de Fiscales sustitutos.

2. CARRERA PROFESIONAL.

   A) Carrera Judicial.

   a) Provisión mediante el turno de especialistas de plazas de Magistrados del Tribunal Supremo. Se trata de nombramientos discrecionales y no de concursos sujetos a baremo.
   b) Requisitos de los aspirantes a la provisión de magistrados del Tribunal Supremo por el turno de juristas de reconocida competencia. Puede concurrir un Magistrado en excedencia por interés particular, siempre que haya desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años.

   B) Comisión de servicios.

   a) Es conforme a Derecho la Entrevista Conductual Estructurada.

3. DERECHOS COLECTIVOS.

   A) Negociación colectiva.

   a) Este derecho se vulnera por el establecimiento de comisiones reservadas a los sindicatos firmantes si se atribuyen funciones de regulación o modificación de condiciones de trabajo.
   b) Es válida la regulación de las condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior mediante un Acuerdo dadas las especiales características de este colectivo.
   c) La Comunidad Foral de Navarra es competente para aplicar a la negociación colectiva del personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra las pautas sentadas para la correspondiente a su propio personal.
   d) La creación de un nuevo puesto de trabajo no es materia negociable por no tener repercusión directa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios.
   e) Mesas Generales de Negociación. La representatividad que sólo se tiene acreditada en un determinado ámbito sectorial no otorga legitimación para formar parte de una unidad de negociación mayor que comprende a la totalidad de los empleados públicos de una Administración.

4. DERECHOS RETRIBUTIVOS.

A) Cuestiones generales.

a) No se pueden integrar en la legalidad retributiva básica conceptos extraíbles de la negociación colectiva autonómica.

b) La deducción de retribuciones como consecuencia de la participación en una huelga se realiza en proporción al horario no trabajado.

B) Trienios.

a) Se reconocen a los funcionarios interinos con carácter retroactivo desde la fecha de expiración del plazo concedido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70/CE.

C) Retribuciones complementarias.

a) Gratificaciones por servicios extraordinarios. No podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo.

D) Retribuciones diferidas.

a) Las cantidades que la Administración dedica a pagar la prima de los seguros de vida o accidentes para su personal tienen una naturaleza más asistencial que retributiva.

5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.

A) Excedencia voluntaria por cuidado de familiar. No cabe la interrupción del cómputo del plazo máximo de excedencia.

6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

A) Administración de Justicia. El único bien jurídico protegido por el régimen disciplinario es el correcto orden del Poder Judicial.

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

A) La denegación de la solicitud del personal médico de la prórroga en la situación de servicio activo hasta la edad forzosa de jubilación ha de basarse en necesidades del servicio reflejadas en un plan de ordenación de recursos humanos.

---

1. ACCESO

A) Conocimiento de la lengua y del Derecho propios de la Comunidad Autónoma. Los méritos indicados no tienen carácter determinante ni preferente en la selección de Fiscales sustitutos

A diferencia de lo dispuesto por la normativa aplicable para la provisión de puestos entre Fiscales de carrera, en la selección de Fiscales sustitutos el conocimiento del Derecho autonómico no tiene la consideración de mérito preferente ni el conocimiento de la lengua de la Comunidad es un mérito que deba valorarse de forma prioritaria. La razón de lo dicho

estriba en que los Fiscales de carrera ya han acreditado en una oposición la posesión de los conocimientos necesarios para el desempeño de las funciones que les corresponden, mientras que la selección de Fiscales sustitutos se efectúa entre quienes no han superado previamente la oposición, de modo que deben acreditar su formación jurídica en el curso del proceso selectivo. En definitiva, tal como dispone la **STS de 19 de enero de 2011**, Sala Tercera, Sección Sexta, recurso 39/2008, en el proceso de selección de Fiscales sustitutos, ni el conocimiento del Derecho autonómico ni el de la legua propia de la Comunidad —aun pudiendo ser valorados— pueden prevalecer sobre la acreditación de la formación jurídica imprescindible, con independencia que, en su condición de sustitutos, los citados Fiscales sólo ocupen plazas vacantes de forma provisional y transitoria.

2. CARRERA PROFESIONAL

A) Carrera Judicial

a) Provisión mediante el turno de especialistas de plazas de Magistrados del Tribunal Supremo. Se trata de nombramientos discrecionales y no de concursos sujetos a baremo

Así lo declara la **STS de 3 de febrero de 2011**, Sala Tercera, Sección Primera, recurso 137/2010, recogiendo la doctrina sobre las exigencias de motivación en los nombramientos discrecionales de Magistrados sentada por la precedente STS de 29 de mayo de 2006.

La STS de 3 de febrero de 2011 señala que la provisión de plazas de Magistrado en el Tribunal Supremo, mediante el turno de especialistas, tiene la naturaleza singular que le atribuye la propia posición del Tribunal Supremo y la del CGPJ que, asegurando el respeto de las exigencias de motivación, de los demás elementos reglados y la interdicción de arbitrariedad, tiene libertad de apreciación para valorar los méritos de los aspirantes. Tal como sostiene la Sala, esto supone que, en la elección del candidato que ha de ocupar la plaza, son determinantes los aspectos cualitativos de su trayectoria profesional y no los aspectos cuantitativos. En el caso enjuiciado por la sentencia de referencia son precisamente esos elementos cualitativos los tenidos en cuenta por la Comisión de Calificación para formar la terna y por el Pleno para hacer la elección del candidato. Claro está, y así lo señala la STS de 3 de febrero de 2011, que este modo de proceder puede dar lugar a posibles desacuerdos, pues, en función de la perspectiva que se adopte, los resultados podrán variar.

La **STS de 7 de febrero de 2011**, Sala Tercera, Sección Primera, recurso 337/2009, reitera los pronunciamientos de la Sentencia comentada.

b) Requisitos de los aspirantes a la provisión de magistrados del Tribunal Supremo por el turno de juristas de reconocida competencia. Puede concurrir un Magistrado en excedencia por interés particular, siempre que haya desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años

La **STS de 17 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recursos acumulados 143/2010, 156/2010 y 226/2010, estima que puede concurrir al quinto turno un Magistrado que se encuentra en situación de excedencia voluntaria por interés particular,

«(...) pues el régimen jurídico de Jueces y Magistrados excedentes es tan distinto del de los auténticos miembros de la Carrera Judicial, que resultaría desproporcionado y contrario a la esencia misma de la diferencia de situaciones deducir una prohibición, incapacidad o incompatibilidad donde la ley no la establece (...)».

Por lo que respecta a la exigencia de quince años de desempeño de actividad jurídica, ésta debe constituir la actividad profesional del aspirante a la plaza de Magistrado por el turno de especialistas. Ahora bien, en el caso de que el aspirante sea un Magistrado en situación de excedencia, la STS de 17 de mayo de 2011 estima que no puede computarse a tal efecto la actividad jurídica desarrollada al tiempo de encontrarse en situación de servicio activo en la judicatura, pues en tal situación ésa es su única «actividad profesional» y cualquier otra actividad realizada (docencia) —previa autorización— no tendría sino carácter accesorio.

B) Comisión de servicios

a) Es conforme a Derecho la Entrevista Conductual Estructurada

La **STS de 28 de marzo de 2011**, Sala Tercera, Sección Séptima, recurso 3027/2008, estima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco, casa la Sentencia de instancia y declara la conformidad a Derecho de la Orden por la que se regula el procedimiento para la provisión en comisión de servicios de determinados puestos de trabajo.

Cuando se realiza la entrevista conductual estructurada (ECE), la selección de los aspirantes corresponde a una comisión de evaluación nombrada por el Director de Servicios del organismo convocante. Los miembros de esta comisión han debido superar un curso de homologación en ECE organizado u homologado por el IVAP. Dicha comisión actúa en los órganos de valoración, se ocupa de realizar y evaluar las entrevistas y de asesorar a sus miembros sobre los conocimientos y destrezas adecuados para un buen desempeño del puesto de trabajo, sobre las dimensiones relevantes de dicho puesto y sobre los criterios de evaluación.

La Sala declara que existe reconocimiento legal y reglamentario (artículo 61 del EBEP; artículo 45 del Real Decreto 363/1995 y artículo 25 de la Ley 6/1989, del País Vasco) de la entrevista como método idóneo para seleccionar a los empleados públicos conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que comprende todas sus posibles manifestaciones excepto aquellas que resulten incompatibles con las premisas constitucionales sobre las que descansa la función pública.

3. DERECHOS COLECTIVOS

A) Negociación colectiva

a) Este derecho se vulnera por el establecimiento de comisiones reservadas a los sindicatos firmantes si se atribuyen funciones de regulación o modificación de condiciones de trabajo

La **STS de 18 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2203, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento recurrente contra la sentencia de instancia que había estimado parcialmente el recurso

contencioso-administrativo interpuesto por la Confederación Sindical de CCOO de Andalucía contra el Acuerdo de 15 de mayo de 2006 regulador de las relaciones entre el Excmo. Ayuntamiento de Málaga y los empleados municipales en régimen funcionarial para el período 2006-2008.

Dicha sentencia anuló el artículo 5 de dicho Acuerdo en el aspecto relativo a la composición de la comisión de seguimiento del Acuerdo porque estaba integrada, en cuanto a las centrales sindicales, por representantes de los firmantes del acuerdo y no por todas las centrales. Aunque el sindicato recurrente hubiera renunciado a firmar el acuerdo, como toda renuncia en derecho, ha de dársele un alcance restrictivo, de tal manera que no puede abarcar a los actos sucesivos al acuerdo, y que en el actual caso no es otro que controlar a través de la comisión de seguimiento, su correcta aplicación. En segundo lugar, porque aun cuando pudiere entenderse que dicha exclusión de las partes no firmantes del acuerdo pudiere justificarse si su misión no fuese otra que el simple control mecánico del acuerdo, es también función de la comisión de seguimiento la de «interpretar el acuerdo y arbitraje de los problemas que surjan en su aplicación». Es decir, sus funciones exceden las de la simple vigilancia y control en la aplicación, extendiéndose a su interpretación así como a la solución de conflictos. En este caso, las funciones de la Comisión exceden de la simple vigilancia y control en la aplicación del acuerdo, extendiéndose a su interpretación, así como a la solución de conflictos (arbitraje de los problemas que surjan en su aplicación).

Todo ello lleva a desestimar el recurso interpuesto por el Ayuntamiento recurrente y a confirmar la sentencia de instancia en la medida en que, a juicio de la Sala, «el derecho de libertad sindical y participación en la negociación colectiva se vulnera con el establecimiento de comisiones cerradas reservadas a los firmantes del Convenio, negándose la intervención de los sindicatos, que, aun siendo más representativos en el sector, se han negado a firmar el convenio (o acuerdo) en cuya negociación habían participado, si la negativa de participación en la futura negociación se refiere a comisiones con funciones de regulación o modificación de condiciones de trabajo, no conectadas ni conectables directamente con el contenido de lo pactado. Sin embargo pueden reservarse a los firmantes del acuerdo los efectos de los derechos contractuales pactados, o el mero derecho a la información, consulta o participación en lo convenido».

b) Es válida la regulación de las condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior mediante un Acuerdo dadas las especiales características de este colectivo

El objeto del recurso contencioso-administrativo consiste en determinar la conformidad al Ordenamiento Jurídico del Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el Acuerdo de 3 de diciembre de 2007 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre condiciones de trabajo del personal laboral en el exterior y fue interpuesto por la Coalición Sindical Independiente de Trabajadores de Madrid (CSIT-Unión Profesional).

El mencionado Acuerdo fue suscrito, tras las reuniones mantenidas en el ámbito de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, por las representaciones de la Administración General del Estado y de las Organizaciones Sindicales UGT, CCOO, CSI-CSIF y CIG. La parte recurrente en su demanda solicita la nulidad del Acuerdo porque se aplica «al personal laboral que presta servicios en el exterior», es decir, tiene un ámbito puramente laboral, por lo que la negociación de las condiciones de trabajo de dicho

personal debería realizarse mediante la negociación del correspondiente convenio colectivo en la Comisión Negociadora creada al efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores y no por la Mesa General de Negociación.

La **STS de 10 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2045, ha desestimado el recurso al tener en cuenta las dificultades que en razón de la singularidad del supuesto encontraría el procedimiento previsto en la legislación laboral y cuyos requisitos resultarían, en algunos casos, de imposible cumplimiento, por las constantes remisiones a la legislación de los países de destino. El personal laboral en el servicio exterior se compone aproximadamente de 6.000 trabajadores, cuyas respectivas relaciones laborales son enormemente variadas, atendida la disparidad de lugares geográficos donde aquéllas se desarrollan, las distintas procedencias nacionales y la aplicación de distintos ordenamientos jurídicos. Ello explica, a juicio de la Sala, los grandes obstáculos para determinar, no sólo la determinación de la legislación aplicable (española o del país de destino), sino también el instrumento jurídico utilizado (Convenio Colectivo u otro) y el reconocimiento de los derechos de representación.

La Sala desestima la impugnación al entender que con este instrumento se trata de racionalizar el sistema por países y zonas en lo concerniente a las retribuciones de las representaciones diplomáticas y oficinas en el exterior, en aras a la buscada homogeneización y fijación de un mínimo esquema normativo. Se acepta la validez del Acuerdo dada la finalidad que persigue, que no es otra que la de establecer un texto único con las condiciones de trabajo aplicables a todos ellos con carácter de mínimo, a fin de equipararlos a los estándares mínimos de la legislación española y reconociéndoles también el ejercicio de derechos colectivos.

c) La Comunidad Foral de Navarra es competente para aplicar a la negociación colectiva del personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra las pautas sentadas para la correspondiente a su propio personal

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó Sentencia estimatoria del recurso deducido contra Decreto Foral 12/2007, de 12 de febrero, por el que se regulan las condiciones para la aplicación del Capítulo XI del Título II del Texto Refundido del Estatuto del Personal, aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, al personal de los Cuerpos de Médicos Forenses, Gestión Procesal y Administrativa, Tramitación Procesal y Administrativa y Auxilio Judicial, al servicio de la Administración de Justicia en Navarra. La **STS de 7 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/1997, estima el recurso de casación interpuesto y anula la sentencia de instancia.

En concreto, la demanda inicial pedía que se declarara nulo este Decreto Foral porque se había dictado en una materia sobre la que la Comunidad Foral carece de competencia ya que la relativa a los órganos de representación y negociación colectiva de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia corresponde al Estado. Así se extiende la aplicación a ellos de las normas referentes a órganos de representación del personal, así como la ponderación de los resultados sindicales y lo correspondiente a la constitución de las Mesas de negociación legalmente previstas. El argumento fue estimado por la sentencia de instancia y contra ésta se interpusieron dos recursos de casación por parte de la Fede-

ración de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras (CCOO) y por el Gobierno Foral de Navarra.

La cuestión central en torno a la que gira la controversia es la de si la Comunidad Foral de Navarra es competente para aplicar a la negociación colectiva del personal al servicio de la Administración de Justicia en Navarra las pautas sentadas para la correspondiente a su propio personal. Porque, efectivamente, la Comunidad Foral goza de facultades en relación con la Administración de Justicia según la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo 60.1), que son las plasmadas en las normas impugnadas. Además, hay que tener en cuenta a juicio del TS que, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003 en la del Poder Judicial, ha quedado establecido, con carácter general para todas las Comunidades Autónomas que las hayan asumido, el alcance de las competencias autonómicas sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia.

Según la Sala, ninguna duda hay de que la materia regulada forma parte de la que se ha venido en llamar «Administración de la Administración de Justicia», ni tampoco de que la Comunidad Foral de Navarra ha asumido desde hace años competencias sobre ella de manera que ejerce efectivamente atribuciones que afectan al estatuto y régimen jurídico de los funcionarios de los cuerpos previstos en el artículo 470 de la Ley Orgánica del Poder Judicial destinados en los órganos judiciales situados en su territorio. Dicho estatuto comprende su derecho a la negociación colectiva, el cual han de ejercerlo también con la Comunidad Foral precisamente porque contribuye a definir aspectos de su régimen y lo gestiona. Por lo demás, el Decreto Foral 12/2007 se ha limitado, conforme al artículo 496.e) de aquel texto legal, a establecer el marco adecuado para esa negociación, que no es otro que el vigente para el personal al servicio de la Comunidad Foral de Navarra.

Aunque la Ley 9/1987 incluye sin ningún matiz o salvedad a los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, el Estatuto Básico del Empleado Público ya prevé expresamente en su artículo 39.4 lo siguiente: «El establecimiento de las unidades electorales se regulará por el Estado y por cada Comunidad Autónoma dentro del ámbito de sus competencias legislativas. Previo acuerdo con las Organizaciones Sindicales legitimadas en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán modificar o establecer unidades electorales en razón del número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan».

En consecuencia, concluye la STS diciendo que no se aprecia invasión de la competencia estatal ni infracción, en su momento, del artículo 1 de la Ley 9/1987, pues en nada afecta a las estructuras representativas desde las que habrá de realizarse la negociación colectiva respecto de los contenidos del estatuto y régimen jurídico de estos funcionarios sobre los que corresponde resolver a la Administración General del Estado.

d) La creación de un nuevo puesto de trabajo no es materia negociable por no tener repercusión directa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios

La **STS de 18 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2204, se ha pronunciado sobre los límites de la negociación colectiva en relación con los contenidos de las relaciones de puestos de trabajo. En este caso, la STSJ

de Valencia de 15 de septiembre de 2008 estimó el recurso interpuesto por la Federación de Servicios Públicos de la UGT y anuló dos Acuerdos del Pleno de la Diputación de Valencia de modificación de la plantilla del sector no sanitario y de la relación de puestos de trabajo respectivamente porque no habían sido objeto de negociación. Frente a aquélla, la Diputación interpuso un recurso de casación al considerar que dichos Acuerdos no tenían incidencia alguna directa ni indirecta en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sino que se insertaban en el ejercicio de su potestad organizativa, toda vez que se limitaban a crear unas plazas necesarias para la consolidación de la estructura de los servicios de la diputación, así como a modificar y amortizar algunas de ellas con la finalidad de adaptar la plantilla a las necesidades organizativas reales.

Tras realizar una interpretación de lo previsto en el artículo 34 de la Ley 9/1987 y en las normas reguladoras de la RPT, interpreta la Sala que, efectivamente, resultaba obligatoria la negociación de los Acuerdos impugnados en Mesa General. Y ello porque afectaban, entre otros aspectos, a la titulación exigida para el ingreso, amortización, características y retribuciones de los puestos de trabajo concernidos, por lo que procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada. Señala la Sala, no obstante, que un supuesto particular y distinto es el relativo a la creación de un concreto puesto de trabajo, adoptada dicha decisión como expresa modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario. En este caso, coincide el TS con el Tribunal de instancia, afirmando que constituye un acto realizado en el ejercicio de las potestades de organización y que no tiene repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, ya que se trata de incluir en el organigrama un puesto nuevo, que en nada puede influir sobre las condiciones en que los funcionarios prestan su trabajo en ese momento.

e) Mesas Generales de Negociación. La representatividad que sólo se tiene acreditada en un determinado ámbito sectorial no otorga legitimación para formar parte de una unidad de negociación mayor que comprende a la totalidad de los empleados públicos de una Administración

La **STS de 27 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/505, se ha pronunciado sobre la conformación de la Mesa General de Negociación prevista en el artículo 36.3 del EBEP para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública. En este caso, la STS ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Independiente de Celadores, Personal de Gestión y Servicios (SIG-GS) contra el Acuerdo de fecha 11 de octubre de 2007, suscrito entre la Consejería de Administración Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y las Organizaciones Sindicales CCOO y UGT, sobre los derechos de participación en materia de salud laboral.

En dicho Acuerdo se pretendía regular en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el derecho de las Organizaciones Sindicales más representativas de nombrar delegados de prevención en los Comités de Seguridad y Salud Laboral complementando de esta manera la normativa estatal de prevención de riesgos laborales. Pues bien, según el sindicato recurrente se merman los derechos de representación de los sindicatos que no son representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma ya que se eleva el porcentaje exigido de representatividad del 10 al 15% para los sindicatos que tienen representación sectorial en el ámbito de la negociación de los acuerdos correspondientes. Y ello

porque el punto 2.3 del capítulo III del Acuerdo atribuye a las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel nacional y de Comunidad Autónoma o que hayan obtenido el 15% o más de total de representantes legales en el ámbito del personal de Instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el derecho a designar a dos delegados de prevención en cada Comité excepto para el Comité de Seguridad y Salud Laboral del Área de Puertollano y del Área 2 de Prevención de Toledo al que corresponderá la designación de un solo Delegado o Delegada. Por el contrario a las Organizaciones Sindicales que no ostentando la representación establecida en el apartado anterior hayan obtenido el 10% del total de representantes legales en el ámbito de personal de Instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha les corresponderá un Delegado o Delegada de Prevención en cada Comité de Seguridad y Salud Laboral.

A juicio del Sindicato recurrente tal regulación discrimina al sindicato actor al incrementar del 10% al 15% el porcentaje anterior cuando no se es sindicato representativo a nivel nacional o de Comunidad Autónoma para tener representación por medio de los delegados de prevención designados por los Sindicatos de ámbito sectorial, en claro detrimento de los sindicatos minoritarios y más reivindicativos. La STS se basa precisamente en la naturaleza de este Acuerdo y de la Mesa en que ha sido suscrito, que es la prevista en el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público, para desestimar el recurso y confirmar la STSJ de Castilla-La Mancha recurrida. Explica el TS que con el EBEP se crea en su artículo 36.3 una Mesa General de Negociación para «todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral, de cada Administración Pública», y también dicho precepto establece cómo se constituirá dicha Mesa General. Crea, pues, una nueva unidad de negociación que es distinta a las Mesas Generales de Negociación que para cada Administración Pública se regulan en el artículo 34 y su diferencia consiste en abarcar en una misma plataforma de negociación materias que son comunes a la totalidad de los empleados públicos cualquiera que sea su relación jurídica, esto es, al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública.

Por tanto, no tiene razón el recurso de casación cuando atribuye al Acuerdo una confusión entre las Mesas Generales y Sectoriales actualmente reguladas en el artículo 34 de la Ley 7/2007. Según declara el TS, en el caso de esa singular Mesa del artículo 36.2 del EBEP se está ante una unidad de negociación mucho más extensa que la que corresponde a aquellas otras Mesas de su artículo 34, desde el momento que en dicha unidad (la del artículo 36.3) están representados la totalidad de los empleados públicos, bien sean éstos funcionarios, estatutarios o laborales. Por ello precisamente entiende la Sala que no puede pretenderse que la representatividad que sólo se tiene acreditada en los Servicios de Salud otorgue legitimación para formar parte de una unidad de negociación (aquella en la que se convino el Acuerdo aquí litigioso) que comprendió a la totalidad de los empleados públicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y no sólo al personal de sus Servicios de Salud. Ello no excluye que lo negociado en esa Mesa General común al personal funcionarial, estatutario y laboral pueda ser complementado con negociaciones adicionales realizadas en unidades de negociación de ámbito más reducido como pueden ser las Mesas Sectoriales de los Servicios de Salud (en las que podrá hacerse valer la representatividad que se tenga acreditada en dicho ámbito).

A mayor abundamiento, en el Acuerdo se reconoce el derecho de los sindicatos que hayan obtenido una representación del 10% en el sector a nombrar un delegado de preven-

ción, luego no se desconoce su eventual derecho respetándose de esta manera la regulación estatal que reconoce la condición de representativos de esos sindicatos con delegados a nivel sectorial. Por el contrario parece razonable en función de su mayor representatividad que a los sindicatos que tienen esa condición a nivel estatal o de Comunidad Autónoma se les reconozca el derecho de nombrar a dos delegados frente al que pueden nombrar los sindicatos con representación sectorial o funcional del 10%. Con relación a esta categoría sindical el Acuerdo también reconoce ese derecho a obtener una mayor representación a los sindicatos que tengan el 15% o más del total de delegados en el ámbito de personal de Instituciones Sanitarias del personal de Salud de Castilla-La Mancha. Se trata de una innovación que no pugna con los derechos de representación de los sindicatos minoritarios que la tienen a nivel sectorial o funcional respecto de los cuales se les respetan sus derechos sin perjuicio de introducir nuevas categorías que mejoren la representación de otras organizaciones sindicales sin merma de las ya establecidas.

Es lícito introducir diferencias entre los sindicatos siempre que se establezcan con arreglo a criterios objetivos que no se sirvan de consideraciones caprichosas o arbitrarias para quebrar el principio de igualdad de trato y disfrute de los derechos reconocidos en el artículo 28 de la Constitución.

4. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Cuestiones generales

a) No se pueden integrar en la legalidad retributiva básica conceptos extraíbles de la negociación colectiva autonómica

La **STS de 10 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/641, ha estimado el recurso de casación en interés de ley planteado por el Abogado del Estado y ha considerado errónea la doctrina sentada por la sentencia recurrida en materia retributiva.

La funcionaria recurrente perteneciente al Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa de la Administración de Justicia, que estaba recibiendo un subsidio por incapacidad temporal, había solicitado la inclusión entre las retribuciones complementarias, tanto del complemento de productividad como del denominado «complemento autonómico transitorio». Dicho complemento había sido creado en unos Acuerdos funcionariales de 4 de febrero de 2003 y 28 de septiembre de 2004, suscritos entre las centrales sindicales y la Administración de la Generalitat valenciana, como concepto sustitutivo del complemento específico. La Administración, sin embargo, no lo consideró incluible en el subsidio aduciendo que sólo se podían tomar en consideración las retribuciones complementarias previstas en los Reales Decretos 1909/200 y 1714/2004, que son los que fijan el régimen retributivo de estos funcionarios. Alegaba, asimismo que, con independencia de que sean retribuidos en nómina, las mejoras retributivas o complementos especiales que obtengan los funcionarios como resultado de la negociación colectiva que no tienen fuerza vinculante para MUGEJU que, para el pago de los subsidios, sólo puede tener en cuenta las retribuciones previstas en cada momento por la legalidad vigente.

La Sentencia de instancia estimó la pretensión de la funcionaria recurrente al entender que «la norma es clara, y no se compadece con la interpretación restrictiva de su alcance

que lleva a cabo la Administración, viniendo referida genéricamente a las retribuciones complementarias, sin exclusión, (...) sin que pueda desvincularse MUGEJU de aquellas mejoras retributivas que son fruto de la negociación colectiva, pues los acuerdos alcanzados en ese ámbito, una vez son asumidos por la Administración, se incorporan a la "legalidad retributiva" y tienen carácter vinculante». El Abogado del Estado, sin embargo, interpuso un recurso de casación en interés de ley por entender que la interpretación realizada por dicha sentencia resultaba gravemente dañosa para el interés general por los elevados costes, reales y de previsible cuantificación, que ocasionaría a la MUGEJU.

La STS interpreta el término «retribuciones complementarias» establecido en el artículo 20.1.B).2.ª del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia y llega a la conclusión de que los conceptos de productividad y complemento autonómico transitorio percibidos por la funcionaria recurrente no se integran en la legalidad retributiva y ni vinculan a la Mutualidad. Ello resulta coherente con los aspectos esenciales del régimen retributivo de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, toda vez que el artículo 515 de la LOPJ establece lo siguiente: «Los funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia a que se refiere este Libro sólo podrán ser remunerados por los conceptos retributivos que se establecen en esta Ley».

El artículo 516 regula el marco general del régimen retributivo de este personal, que está integrado por unas retribuciones básicas y otras complementarias. Las primeras están constituidas por el sueldo y la antigüedad. Las segundas, por el complemento general del puesto y el complemento específico (retribuciones complementarias fijas y periódicas) y por el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios (retribuciones complementarias variables). Es obvio, concluye la Sala, que los distintos elementos de esta regulación a que acaba de hacerse referencia constituyen, todos ellos, aspectos esenciales del sistema retributivo que garantizan la unidad de los cuerpos de carácter nacional al configurar una remuneración uniforme para todos sus miembros. La homogeneidad del sistema se alcanza por la exigencia que los funcionarios de estos cuerpos nacionales «sólo podrán ser remunerados» por dichos conceptos, según se ha indicado y subraya la invocada jurisprudencia constitucional. Todo ello permite a la Sala considerar errónea la doctrina sentada por la sentencia recurrida en materia retributiva al no integrarse en la legalidad retributiva básica los conceptos extraíbles de la negociación colectiva autonómica, cuya vinculatoriedad no resulta aplicable en un organismo autónomo estatal como es la MUGEJU.

b) La deducción de retribuciones como consecuencia de la participación en una huelga se realiza en proporción al horario no trabajado

En el presente caso, la actora, funcionaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Delegación de Murcia, impugna la resolución dictada por el Delegado Especial por la que se efectúa la deducción de 72,32 euros en sus haberes por su participación en un día de huelga, alegando que se había omitido el trámite de audiencia y que además no se le habían comunicado los criterios tenidos en cuenta para deducir una determinada cantidad, vulnerándose el artículo 69 de la Ley 30/1992. La **STSJ de la Región de Murcia de 4 de febrero de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, JUR 2011/147331, ha desestimado su recurso.

El principal motivo de la desestimación se basa en que no es preceptivo el trámite de audiencia por no tratarse de un procedimiento sancionador, y además la actora no ha desvirtuado la improcedencia de la cantidad descontada. Como se establecía expresamente en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1984, y así ha declarado reiterada jurisprudencia, la deducción de haberes no tiene carácter sancionador, sino que es consecuencia de la suspensión de la relación de empleo, por lo que no requiere ningún procedimiento específico para llevarla a cabo, produciéndose por disposición legal en la correspondiente nómina, en la que se incluye el sueldo, antigüedad y complementos, y se deducen las cantidades que procedan, entre ellas las correspondientes a la jornada o jornadas de huelga en que se haya participado. Por tanto, no es necesario ningún trámite de audiencia al interesado. En cuanto al desconocimiento de los cálculos realizados, tampoco se ha ocasionado indefensión alguna a la recurrente por no habérselos comunicado con anterioridad, pues ni en vía administrativa ni en esta sede jurisdiccional ha practicado prueba alguna tendente a acreditar que la deducción realizada no es correcta, o no se ha realizado en los términos legalmente establecidos.

B) Trienios

a) Se reconocen a los funcionarios interinos con carácter retroactivo desde la fecha de expiración del plazo concedido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70/CE

La **SAN de 20 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, RJCA 2011/4, ha estimado el recurso de apelación interpuesto por una funcionaria de justicia sobre reclamación de abono de los trienios no percibidos correspondientes a los cuatro años anteriores a la fecha en que había realizado su solicitud (el día 4 de diciembre de 2008, con un alcance retroactivo de cuatro años).

La sentencia de instancia había considerado que la recurrente no podía sustraerse a las determinaciones temporales del artículo 25.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que, en cuanto a las retribuciones de los funcionarios interinos, determina su reconocimiento a partir de su entrada en vigor, ni a las acogidas en el artículo 489.2 de la LOPJ, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 13/2007, que remite a la normativa vigente para los funcionarios de la Administración General del Estado. Con base en estas consideraciones, la sentencia apelada había concluido que los efectos retributivos sólo pueden tener este alcance temporal, sin retroactividad alguna.

En su recurso de apelación, la recurrente plantea la primacía del derecho comunitario y su efecto directo respecto del criterio temporal contenido en el artículo 25.2 del EBEP, ya que en esta norma los efectos retributivos de los trienios anteriores reconocidos se establecen para el personal interino únicamente a partir de la entrada en vigor de dicha ley y se suscita que ello pudiera contravenir la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada, por no suponer una correcta y adecuada transposición de los objetivos y contenido de la directiva, que avalarían su aplicación directa y con carácter retroactivo. La cláusula 4.1 de dicha Directiva fija el principio general de que no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

En suma, interpreta la SAN que tanto el EBEP como la LO 13/2007 consagran en principio la igualdad retributiva del personal interino, pero tal igualdad se queda en una declaración formal si no se lleva a la plenitud de sus consecuencias y en particular a sus efectos económicos, pues de hecho dichas normas limitan al personal interino en el derecho al cobro de los derechos económicos no prescritos (cuatro años según el artículo 25 de la LGP 47/2003) sobre la base de trienios efectivamente reconocidos en cuanto que la igualdad retributiva sólo se reconoce, en sus efectos, a partir de la entrada en vigor del EBEP, descartando cualquier aplicación a un período anterior. Para ello, aplica la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, en los asuntos acumulados C-444/09 Gavieiro Gavieiro (ES) y C- 456/09 Iglesias Torres (ES), que fija la obligación de conceder el derecho al pago de trienios con efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta directiva al derecho interno y sin perjuicio de los limites que puedan suponer las normas de derecho interno en materia de prescripción. En dicha sentencia, efectivamente, se reconoció que la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, que determine el trato discriminatorio.

La mencionada cláusula es incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada frente al Estado por funcionarios interinos ante un tribunal nacional para que se les reconozca el derecho a complementos salariales, como los trienios controvertidos en el litigio principal, correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en materia de prescripción. La Directiva está dotada de efecto directo, al conferir a este derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno (10 de julio de 2001).

En el mismo sentido y aplicando la misma doctrina, se han pronunciado también la **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pontevedra de 14 de febrero de 2011,** RJCA 2011/224 y la **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de febrero de 2011,** RJCA 2011/96.

C) Retribuciones complementarias

a) Las gratificaciones por servicios extraordinarios no podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo

La **STS de 21 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2223, se ha pronunciado sobre la naturaleza de los servicios realizados fuera de la jornada normal de trabajo. El Abogado del Estado interpuso un recurso contra la STSJ de Madrid que había confirmado el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, adoptado en la sesión de 15 de noviembre de 2002, en relación a las gratificaciones a funcionarios por servicios extraordinarios.

El Acuerdo recurrido regula las retribuciones de los servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada laboral normal de trabajo, fijando los criterios a los que el Alcalde debe sujetarse para la asignación individualizada de dichas gratificaciones y para su autoriza-

ción, teniéndose en cuenta en todo caso que no podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, y deberán ajustarse a los créditos globales destinados a esta finalidad, que no podrán rebasar el diez por cien de la cantidad prevista en el apartado 1 del artículo 7 del Real Decreto 861/1986. Según se había establecido en dicho Acuerdo, los servicios realizados fuera de la jornada normal deberán compensarse a razón de dos horas de disfrute por cada hora realizada por este concepto, cuando los servicios extraordinarios se hayan realizado en jornada diurna, de tres horas cuando se hayan realizado en festivo o en nocturno y cuatro horas si se han realizado en festivo y nocturno. Excepcionalmente y con la previa autorización de la Alcaldía y órgano Delegado, el empleado municipal tendrá derecho al abono en su caso, de servicios extraordinarios, bajo el concepto retributivo de gratificación, en los casos en los que las necesidades del servicio no permitan la compensación horaria. La valoración de la gratificación se efectuará atendiendo al número de horas empleadas en la realización de los servicios extraordinarios, se realizara por grupos, para fijar a continuación cantidades concretas en función del grupo, hora y día en que se realicen.

El Abogado del Estado impugnó dicha regulación porque, al prever que las horas extraordinarias se abonarán siempre, convierte a las gratificaciones en retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo en contra del artículo 23 de la Ley 30/1984. Asimismo, sostuvo que el establecimiento por el acuerdo de un sistema de compensación horaria era también contrario a este último precepto ya que suponía unas jornadas especiales no previstas para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. La STS, al igual que hizo la sentencia impugnada, confirma la validez del Acuerdo por no contrariar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 30/1984 y los artículos 6 y 7 del RD 861/1986, de 28 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local.

D) Retribuciones diferidas

a) Las cantidades que la Administración dedica a pagar la prima de los seguros de vida o accidentes para su personal tienen una naturaleza más asistencial que retributiva

La **STS de 28 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/1851, ha estimado el recurso planteado por el Ayuntamiento de Camargo. En concreto, el Delegado del Gobierno había impugnado su Acuerdo funcionarial para el período 2004-2006 por considerar que algunos de sus contenidos eran contrarios al ordenamiento jurídico. Contra la sentencia estimatoria, el Ayuntamiento interpuso el recurso de casación frente al juicio realizado respecto de la contratación por parte de la corporación de una póliza de seguro de accidentes a favor del personal municipal, pues no se había demostrado que la actuación municipal hubiera supuesto un incremento de las retribuciones superior al permitido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En suma, se discutía si dicha póliza se consideraba o no como una retribución distinta de las previstas en el artículo 23 de la Ley 30/1984. Dicho fallo, a juicio del Ayuntamiento recurrente, contradice la interpretación dada por el TS en otras sentencias anteriores, que habían considerado que las primas de estos seguros no tienen la naturaleza de retribuciones sino de carácter asistencial, por lo que las posibilidades negociadoras se amplían considerablemente.

El TS reconoce, efectivamente, que las mencionadas sentencias se pronuncian en el sentido indicado por el Ayuntamiento de Camargo, de tal forma que las cantidades que

las corporaciones locales dedican a pagar la prima de los seguros de vida o accidentes que conciertan para su personal deben ser consideradas, no como retribuciones, sino como medidas de carácter asistencial. Ahora bien, insiste al mismo tiempo en que dichas primas del seguro son a la vez retribuciones no previstas en el artículo 23 de la Ley 30/1984 que tienen la consideración de retribución en especie a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En fin, la solución que se defiende por el Ayuntamiento, a juicio de la Sala, no es incompatible con que, a otros efectos y, particularmente, a los fiscales, se consideren las cantidades aportadas por el empleador en concepto de primas de estos seguros a favor de los empleados como retribuciones en especie. Son cosas diferentes desde el punto de vista de su naturaleza material y de su finalidad de manera que no se dan las condiciones para concluir que su calificación jurídica ha de ser la misma en ambos ámbitos. En consecuencia, el principio de igualdad en la aplicación de la Ley lleva al TS a resolver ahora en el mismo sentido en que lo hizo en las sentencias invocadas por el Ayuntamiento de Camargo y a acoger el motivo de casación, con la consiguiente anulación de la recurrida.

5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Excedencia voluntaria por cuidado de familiar. No cabe la interrupción del cómputo del plazo máximo de excedencia

En la **STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, recurso 1136/2009, se plantea la cuestión de si el disfrute interrumpido de la situación de excedencia voluntaria por cuidado de familiar da lugar a la interrupción también en el cómputo del plazo máximo de ésta. La demandante argumentaba que debía aplicarse, en la interpretación y aplicación del régimen de la excedencia voluntaria de los funcionarios, el mismo criterio que se aplica en el Estatuto de los Trabajadores que dispone expresamente que cabe fraccionar el período de excedencia para el cuidado de hijos y familiares. No lo entiende así, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que afirma que la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres introdujo en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de que éstos fraccionaran el período de excedencia para el cuidado de hijos y familiares, pero no lo hizo en la regulación funcionarial, es decir, en el entonces artículo 29.4, cuya redacción se ha mantenido en el actual artículo 89.4 del EBEP. En definitiva, la posibilidad de fraccionamiento que se prevé para las relaciones laborales se excluye para las relaciones funcionariales «porque la letra de la Ley no deja margen para otra interpretación que, por más que pudiera ser deseable *de lege ferenda*, no lo es sin embargo aplicando el derecho positivo vigente».

6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Administración de Justicia. El único bien jurídico protegido por el régimen disciplinario es el correcto orden del Poder Judicial

En los términos indicados se pronuncia la **STS de 28 de octubre de 2010**, Sala Tercera, Sección Octava, recurso 174/2009.

Reiterando la doctrina sobre la falta de legitimación del denunciante para reclamar en el orden contencioso la imposición de una sanción disciplinaria a un Magistrado, la Sentencia inadmite el recurso de casación interpuesto contra Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ, que resolvió archivar la información reservada practicada y no incoar procedimiento disciplinario. Además, la Sala señala que los Magistrados denunciados se limitaron a exteriorizar ideas y opiniones —fuera del ejercicio de su función jurisdiccional— relativas al denunciante, en el ejercicio de su libertad de expresión.

La STS de 28 de octubre de 2011 concluye afirmando que el recurrente parece sugerir una reparación de derechos fundamentales —no expresamente invocados— para la que es totalmente inadecuado el procedimiento de responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, ya que el referido procedimiento no sólo no tutela los derechos individuales de Jueces y Magistrados, sino tampoco los de los particulares, pues unos y otros deben acudir para su reparación a los órdenes civil y penal, en función de la intensidad con que esos derechos hayan resultado lesionados. Por último, añade la Sala que los preceptos de la LOPJ invocados por el recurrente no pretenden dar respuesta disciplinaria a un agravio personal de un Juez a un particular, puesto que el único bien jurídico protegido por el régimen disciplinario es el correcto orden del Poder Judicial.

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) La denegación de la solicitud del personal médico de la prórroga en la situación de servicio activo hasta la edad forzosa de jubilación ha de basarse en necesidades del servicio reflejadas en un plan de ordenación de recursos humanos

El Tribunal Supremo en las **SSTS de 24 de marzo y 7 de abril de 2011,** Sala Tercera, Sección Séptima, recursos 428, 472, 697, 872, 889, 1614, 1641 y 2640, reitera la doctrina ya sentada en su anterior Sentencia de 10 de marzo de 2010, de acuerdo con la cual el artículo 26.2 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud exige que la Administración se pronuncie sobre la concesión o denegación de las solicitudes del personal médico de prórroga en el servicio activo, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos y con la correspondiente motivación. La prolongación en el servicio activo es un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de forma absoluta, sino condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio. Por otra parte, la Administración dispone de potestad de autoorganización, lo que le permite acotar las necesidades de interés general y establecer prioridades entre ellas, así como elegir las medidas más convenientes para darles satisfacción, pero ello no es equivalente a la facultad de denegar libremente la prórroga en el servicio activo sin motivación alguna y sin el marco necesario de un plan de ordenación de recursos humanos.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO

Sumario

1. RÉGIMEN DEL SUELO: PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO.

   A) El inconcreto y genérico destino de los terrenos a la ampliación de patrimonios públicos de suelo no es causa legitimadora suficiente de la expropiación forzosa.

   B) Nulidad de los presupuestos municipales que destinan bienes del patrimonio municipal del suelo a fines que no son la construcción de viviendas de protección oficial.

   C) Suspensión de la autorización para enajenar mediante concurso por el procedimiento abierto varias parcelas del PMS.

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.

   A) Cesiones obligatorias y gratuitas: para servicios que exceden el ámbito del correspondiente planeamiento.

   B) Principio de justa distribución de los beneficios y de las cargas.

3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.

   A) No resulta aplicable la jurisprudencia por la cual el terreno habría de ser valorado como urbanizable al estar afecto a un sistema general para la ampliación de las instalaciones de la universidad de Vigo, ya que no se incardina en el ámbito de la ciudad.

   B) La pérdida de vigencia de las ponencias catastrales debe ser entendida en sentido formal, no meramente material o económico.

1. RÉGIMEN DEL SUELO: PATRIMONIO PÚBLICO DEL SUELO

A) El inconcreto y genérico destino de los terrenos a la ampliación de patrimonios públicos de suelo no es causa legitimadora suficiente de la expropiación forzosa

La **STS de 4 de febrero de 2011** (RJ 2011/606), estima el recurso de casación y anula la Resolución del Conseller de la Generalitat Valenciana aprobatoria del Pan Especial delimitador del Área de Reserva para la ampliación de suelo urbano y posteriores actos derivados de ella.

Se discutía si el artículo 99 de la Ley valenciana 6/1994, «reguladora de la actividad urbanística», faculta para expropiar suelo con la finalidad de ampliar los patrimonios públicos de la Generalitat, con independencia del fin al que se vayan a destinar. En este caso, con una genérica referencia a un gran complejo metropolitano de carácter lúdico en Alicante, cuyos terrenos expropiados se destinaron a la instalación de unos estudios cinematográficos.

Como telón de fondo, hay que apuntar que de lo anterior deriva una valoración como mero suelo no urbanizable, sin tener en cuenta el aprovechamiento urbanístico que se les asigna.

Con argumentos categóricos, el TS lo descarta:

> «Sin duda, la expresión de los concretos usos a los que se van a dedicar los terrenos constituye una exigencia en garantía de los ciudadanos frente a abusos cuya constatación no debe posponerse, con los sacrificios que ello supone, a otro pleito, cuando no hay una concreción seria y razonable en la declaración de la *causa expropriandi* de la finalidad perseguida.
>
> Siendo el expuesto el criterio que este Tribunal mantiene y que determina necesariamente casar la sentencia de instancia, el tema de litis se traslada a una cuestión muy concreta, a saber, si la referencia en la Memoria del Plan Especial impugnado a propiciar la implantación de un complejo metropolitano de actividades lúdicas de carácter terciario recreativo de grandes dimensiones en la ciudad de Alicante, única realmente facilitada para conocer lo proyectado, es suficiente para entender que sí se da cumplimiento a la exteriorización de lo que hemos denominado, siguiendo la Sentencia de 21 de mayo de 2003, la finalidad mediata. La respuesta debe ser negativa. El texto de referencia es un ejemplo paradigmático de indeterminación, de vaguedad extrema, en cuanto no permite conocer la concreta finalidad de usos que justifica la expropiación.
>
> La motivación expresada en la Memoria del Plan Especial no cumple la exigencia de concretar la finalidad. La referencia a un complejo con las características que se expresan en la Memoria del Plan Especial impugnado adolece de una mínima especificación que permita conocer lo que se proyecta, con la consiguiente indefensión. Pensemos, y valga sólo a título de ejemplo, las dificultades que la indefinición supone para el ejercicio del derecho de reversión por cambio de uso.
>
> Y si la impugnación de Urbanizadora Santo Domingo, S.L., por lo precedentemente expuesto, debe acogerse con respecto a todos los actos recurridos, en cuanto la inexistencia de la *causa expropriandi* residenciada en el Plan Especial acarrea la nulidad de las posteriores y sucesivos actos expropiatorios, igual solución debe darse a la impugnación de las Sras. Elvira Zaida, quienes en sus motivos segundo y tercero también denuncian la indefinición.
>
> Recordemos que es jurisprudencia constante de esta Sala que la nulidad de la declaración de utilidad pública arrastra consigo todo lo actuado posteriormente en el procedimiento expropiatorio. Véanse, entre otras muchas, las Sentencias de esta Sala de 24 de julio de 2001, 29 de octubre de 2002 o16 de enero de 2003, citadas en la de 10 de noviembre de 2010 (recurso de casación 2139/2007)».

B) Nulidad de los presupuestos municipales que destinan bienes del patrimonio municipal del suelo a fines que no son la construcción de viviendas de protección oficial

Las **SSTS de 8 y 29 de marzo de 2011** desestiman los recursos de casación interpuestos por dos ayuntamientos granadinos contra sendas SSTSJ de Andalucía que anulan partidas de los presupuestos generales municipales para 2007 y 2002, respectivamente.

En el primer caso, por destinar el dinero procedente de la enajenación de terrenos del PMS y de la sustitución del aprovechamiento urbanístico por su equivalente en metálico a gastos relativos a la gestión del propio PMS, a un corredor verde, a la casa de la cultura y al cierre del ferial en una cantidad que sumada excedía el 25% del balance de la cuenta anual de los bienes y recursos del PPS, máximo que puede aplicarse a otros fines que no sean la construcción de viviendas de protección oficial, según lo establecido en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (modificada por Ley 13/2005, de 11 de noviembre).

En el segundo, porque el producto de la enajenación de solares del PMS se destina a mejora del conjunto histórico, mejora de infraestructura viaria, acondicionamiento de edificios públicos, caminos rurales e infraestructuras deportivas, conceptos no comprendidos entre los asignados a los bienes de este patrimonio afectado.

Hay que advertir que, en este segundo caso, el Acuerdo municipal es anterior tanto a la Ley 8/2007, de 8 de mayo, básica de Suelo, como a la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de OUA, en cuyas previsiones sí entrarían esos otros destinos sociales, con el porcentaje máximo antes dicho.

C) Suspensión de la autorización para enajenar mediante concurso por el procedimiento abierto varias parcelas del PMS

La **STS de 26 de enero de 2011** (RJ 2011/356), confirma la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Orden de la Consejería de Gobernación por la que se autorizaba al ayuntamiento de Punta Umbría para enajenar mediante procedimiento abierto y en forma de concurso varias parcelas integrantes de su PMS, si bien por motivos distintos a los considerados por el TSJ de Andalucía.

En concreto, según el TS:

> «..., resulta que en atención a las singularidades del caso debatido es aconsejable en base a una recta interpretación del artículo 130 de la Ley Jurisdiccional acordar la suspensión del acto administrativo impugnado ya que a tenor de lo alegado y justificado por los concejales disconformes en el otrosí de su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en donde solicitan tal medida cautelar con la finalidad de garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda dictarse, lejos de producirse una perturbación al interés público por el hecho de que se dilate en un corto período de tiempo la ejecución de la Orden impugnada, se haría perder la finalidad legítima del recurso en el supuesto de que se hubiera realizado por el Ayuntamiento de Punta Umbría la venta de las parcelas pertenecientes al patrimonio municipal del suelo».

Esta Sentencia merece reseñarse, aun cuando sea parca en su argumentación, dada la excepcionalidad con que los tribunales contencioso-administrativos admiten las medidas cautelares.

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Cesiones obligatorias y gratuitas: para servicios que exceden el ámbito del correspondiente planeamiento

El **TS** en su **Sentencia de 14 de enero de 2011** (Ar. 1090/2011), debe resolver sobre la legalidad de cesiones obligatorias y gratuitas de terrenos recogidas en un PGOU y afectados a la línea ferroviaria Barcelona-Tarragona. En términos generales, sobre la reserva de suelo destinado a servicios que exceden el ámbito del correspondiente planeamiento, en este caso, para infraestructuras ferroviarias.

La Sala de Instancia había estimado el recurso interpuesto por cuanto «que, el artículo 23.1 del TR de 1990 (LCAT 1990, 266) en relación con los artículos 121 y 122 del citado ordenamiento urbanístico establecen la cesión gratuita para ejecutar sistemas generales respetando las limitaciones del artículo 123, cuando de suelo urbanizable se trata, como en el supuesto de autos; sin embargo, aquí no nos encontramos en lo que a la cesión de

suelo para reserva de la línea ferroviaria Barcelona-Tarragona, ante ningún sistema general urbanístico sino ante la infraestructura de la ordenación del Territorio para la realización de la construcción de las líneas ferroviarias de competencia del Estado», que se rige por su legislación sectorial específica, y por tanto, «en lo que a aprobación del establecimiento de nuevas líneas, ampliación o mejora que requieran la utilización de nuevos terrenos, supondrá la declaración de utilidad pública o interés social, la urgencia de ocupación a efectos de expropiación forzosa de los terrenos donde haya de discurrir la línea según lo previsto en la legislación expropiatoria» (FJ I) «conforme ordena el artículo 153.1 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres 16/1987, de 30 de julio» (FJ I), por lo que las previsiones recogidas en el planeamiento en cuanto a cesiones para los sectores en controversia resultan inaplicables, y deben se anuladas, «por cuanto la reserva de suelo ferroviario no constituye ningún componente de sistemas urbanísticos sino simplemente obras de infraestructura del territorio sujeta a su legislación especial; por todo ello al no haber cesiones urbanísticas obligatorias y gratuitas, que afecten al aprovechamiento medio de que trata el artículo 172, no se corresponde con la realidad jurídica» (FJ I).

El TS indica que el artículo 18 de la LRSV de 1998 impone a los propietarios de suelo urbanizable la cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento incluya o adscriba al ámbito correspondiente, así como costear y ejecutar, en su caso, las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación, que es lo que lleva al Tribunal a diferenciar entre los llamados sistemas generales al servicio de un determinado ámbito o unidad de actuación y sistemas generales al servicio de ámbitos superiores.

En ambos casos, dice el TS, son sistemas generales, pero su régimen jurídico es diferente en lo relativo a los efectos, y por lo que afecta al caso en conflicto, en la obligatoriedad de la cesión gratuita. Mientras los primeros, al ser una infraestructura que beneficia a los propietarios del sector, han de ser objeto de cesión gratuita; los segundos suponen un beneficio general a toda la colectividad, municipal o supramunicipal, y por tanto, no pueden ser atribuidos a sujetos particulares, sino que su coste ha de ser asumido por toda la colectividad mediante el sistema de expropiación. Esta argumentación lleva al TS a considerar acertado el fallo de la Sala de Instancia y a desestimar el recurso, pues considera que el beneficio de la línea férrea excede la unidad de actuación, resultando positivo para la comunidad en general, ya que trasciende del ámbito concreto en que tiene lugar.

B) Principio de justa distribución de los beneficios y de las cargas

En la **STS de 6 de octubre de 2010** (Ar. 972/2011), el Alto Tribunal tiene que resolver sobre la legalidad de una revisión realizada en unas Normas Subsidiarias de Planeamiento que atribuían a un sector donde se encuentran los terrenos de propiedad de la entidad empresarial recurrente, a su juicio, «unos parámetros urbanísticos de edificabilidad y usos irracionales, inadecuados y discriminatorios respecto de los asignados a los restantes sectores» (FD 2.º).

Esta alegación había sido rechazada por la Sala de Instancia alegando que «a estos efectos resulta conveniente recordar que en las Normas Subsidiarias de Planeamiento no existe programación cuatrienal para desarrollo del suelo urbanizable que ni siquiera se llama así, utilizándose la expresión de "suelo apto para urbanizar", porque no es definitiva la decisión de su incorporación al proceso urbanizador. Por esta razón, a diferencia de lo que acontece en el Plan General de Ordenación Urbana, para el cálculo de su aprovechamiento

no se tiene en cuenta el de todos los sectores incluidos en un mismo plazo del programa, pudiendo darse, eventualmente, la circunstancia de que alguno de los sectores no llegue a desarrollarse, y de ahí que no pueda operar el principio de igualdad entre sectores de suelo apto para urbanizar» (FD 2.º).

Sin embargo, el TS va a aceptar el recurso de la recurrente por considerar que se infringe el principio de equidistribución de los beneficios y de las cargas, por cuanto que considera probado que el aprovechamiento asignado al sector en cuestión es muy inferior —la mitad— del que se atribuye al resto de sectores delimitados, sin que exista razón objetiva y razonable, con lo que se vulnera el artículo 36.2 del RGU de 1979. Basándose en la prueba pericial, de la que se deduce claramente que el aprovechamiento atribuido al sector en cuestión era claramente inferior al asignado al resto de sectores delimitados, el TS rechaza la argumentación antes citada de la Sala de Instancia indicando que «sobre este particular, la Sala de instancia en la sentencia recurrida, no lleva a cabo una adecuada valoración de la mencionada prueba, ni efectúa razonamiento alguno para descalificar las claras y evidentes conclusiones periciales» (FJ 4.º).

E indica que, para la ejecución del planeamiento, constituye la regla general actuar a través de polígonos, sectores o áreas, para cumplir con el fundamental principio de equidistribución de los beneficios y de las cargas del planeamiento. Pero que en el supuesto conflictivo, la propia realidad de las cosas y la prueba pericial demuestran que no se da adecuada respuesta a dicho principio, sino que incluso se produce una desproporción tan evidente que hace inviable la propia unidad de actuación. Pero, sigue el Tribunal indicando que, para que prospere una pretensión de anulación de aprovechamiento fijado en el Plan, no basta la mera invocación de vulneración de dicho principio, sino que es necesario que la parte acredite la desigualdad de trato con el resto de propietarios de terrenos, lo que sucede en el caso en controversia a través de la prueba pericial aportada por la recurrente, lo que concluye en la anulación del concreto aprovechamiento urbanístico atribuido al sector en controversia, indicando el TS la necesidad de otorgarle un aprovechamiento similar a la media del resto de sectores, a través de la asignación de los usos residenciales que fueran necesarios para ello —como solicitaba la recurrente—, y respetando, por tanto, el principio de equidistribución de los beneficios y de las cargas derivadas del planeamiento.

3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) No resulta aplicable la jurisprudencia por la cual el terreno habría de ser valorado como urbanizable al estar afecto a un sistema general para la ampliación de las instalaciones de la universidad de Vigo, ya que no se incardina en el ámbito de la ciudad

Es destacable, a nuestro juicio, la precisión que realiza el Tribunal Supremo en la **STS de 20 de octubre de 2010** (RJ 2010\8130), en cuyo Fundamento Jurídico Segundo contempla:

> «Es cierto que, en relación con diversas instalaciones universitarias comenzando por la de la Universidad de Navarra, se ha establecido el principio general de la valoración como urbanizables en relación con la expropiación de terrenos destinados a dicha universidad, como se recoge en Sentencias de 28 de junio (RJ 2000, 6552), 14 de septiembre y 12 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10027) y 16 de enero y 10 de febrero de 2001 (RJ 2001, 657), lo que se reitera en relación con la Universidad de Alicante, a título de ejemplo, en la Sentencia de 25

de mayo de 2009 (RJ 2009, 4512), y de la de Oviedo en Sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2897) y 11 de octubre de 2007; mas en dichas sentencias se parte de la base de que los terrenos expropiados lo eran para unas construcciones docentes que, por su ubicación, se incardinaban en el ámbito de la ciudad a la que servían y ello en razón de que la valoración como no urbanizable y en función del principio de equitativa distribución de cargas del planeamiento, hubiera supuesto una indebida singularización de los terrenos afectados por la expropiación que hubiera permitido una minusvaloración como rústicos de los mismos en relación con el expropiado, mientras que ello habría producido un enriquecimiento singular para los terrenos aledaños que se habrían beneficiado de la construcción de ese centro docente y de la evidente mejora que la instalación de la Universidad suponía para sus terrenos.

En el presente caso, sin embargo, no concurre la anterior circunstancia dado que en la instalación docente de la universidad de Vigo se enclava inmersa en un bosque al estar ubicada en el monte, alejado y separado del centro urbano de Vigo y de cualquier núcleo de población o edificaciones residenciales, lo que impide que los terrenos limítrofes con los expropiados para la construcción se beneficien de unas plusvalías de las que carecen en realidad en función de la ubicación de la universidad en los términos que alega el Ayuntamiento de Vigo en la presente casación.

Ello impide que se aplique aquella jurisprudencia de esta Sala mencionada por el recurrente y fundada en la equitativa distribución de beneficios y cargas, que impondría un sacrificio para el expropiado en beneficio del resto de titulares de fincas limítrofes, que se beneficiarían —cosa que aquí no ocurre—, de la instalación que motiva la expropiación».

B) La pérdida de vigencia de las ponencias catastrales debe ser entendida en sentido formal, no meramente material o económico

En este sentido, la **STS de 3 de diciembre de 2010** (RJ 2010\8885), tras recordar en su Fundamento Jurídico Primero que la falta de vigencia de dichos valores es presupuesto necesario (según el artículo 28 en su apartado 4 LSV) para poder acudir al método residual, —«como pone de relieve la STS de 24 de enero de 2005 (RJ 2005, 4099)»—, en el Fundamento Jurídico Quinto reitera una constante jurisprudencia en torno a cómo debe ser interpretada la pérdida de vigencia de dichas ponencias catastrales, manifestando lo siguiente:

«(...) la pérdida de vigencia de las ponencias catastrales debe ser entendida en sentido formal, no meramente material o económico; es decir, hay pérdida de vigencia cuando ha expirado el plazo para el que las ponencias catastrales fueron aprobadas o, en su caso, cuando ha habido una modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico, incompatible con ellas. La simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real no constituye, en cambio, pérdida de vigencia [Sentencias de 1 de junio de 2009 (RJ 2009, 5361) —recurso de casación 4661/2005—, 16 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2488) —recurso de casación 7679/2005—, 10 de febrero de 2009 (RJ 2009, 3679) —recurso de casación 4517/2005—, 22 de septiembre de 2008 (RJ 2005, 4542) —recurso de casación 11275/04—; entre otras muchas]».

CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

SUMARIO

1. BIENES LOCALES.

   A) Adquisición del patrimonio local: requisitos para la procedencia de la permuta.

   B) Prerrogativas de las Entidades locales: potestad de investigación.

   C) Prerrogativas de las Entidades locales: potestad de recuperación de oficio.

   D) Prerrogativas de las Entidades locales: la autorización judicial para la entrada en domicilio con el fin de ejecutar una orden de desalojo de una propiedad local.

   E) Protección de los bienes de las Entidades locales: procedencia de la petición a la Administración para que inicie el procedimiento de declaración de lesividad para la anulación de una permuta.

2. AGUAS CONTINENTALES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE ANDALUCÍA Y CASTILLA Y LEÓN SOBRE AGUAS EN CUENCAS INTERCOMUNITARIAS. OTRAS SENTENCIAS RECIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE AGUAS.

3. AGUAS MARÍTIMAS.

   A) Recuperación de oficio: improcedencia de medida cautelar de suspensión.

   B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre.

      a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que presentan esta condición por naturaleza.

      b) Efectos: declara la titularidad dominical a favor del Estado, prevaleciendo frente a inscripciones registrales en contrario.

      c) Procedimiento.

         a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores.

         b') Iniciación.

         c') La modificación sustancial de la delimitación provisional no requiere nuevo acto de apeo, pero sí información pública y audiencia a los interesados.

         d') Las irregularidades procedimentales sólo determinan la anulabilidad del deslinde si producen indefensión.

         e') La exclusión del demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la sustracción de todos ellos.

         f') El plazo para resolver y notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento: nueva doctrina del Tribunal Supremo.

g') El *dies ad quem* para computar el plazo de los procedimientos de deslinde de costas es el de la publicación de su resolución en el BOE.

h') La coincidencia física de los límites demaniales hace innecesario un nuevo deslinde.

d) Debe inadmitirse la solicitud de revisión de oficio de una Orden aprobatoria de deslinde que no le reprocha ninguna concreta causa de nulidad, así como la solicitud de la práctica de uno nuevo sin justificación suficiente.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

a) Alcance de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas.

b) Otorgamiento concesional: cabe autorizar el uso del demanio costero en aplicación de la regla del doble silencio administrativo.

c) Procedimiento: necesidad de aceptación por el concesionario de las condiciones del título.

d) Extinción concesional: caducidad.

a') Caducidad de la concesión por incumplimiento grave de las condiciones de otorgamiento.

b') Improcedencia de medida cautelar de suspensión.

e) Extinción concesional: revocación.

E) Infracciones.

a) Tipos infractores: exigen la concurrencia de dolo o culpa.

b) La acción en defensa de la legalidad costera es pública.

c) No procede la suspensión de la ejecución de la sanción si no concurren los criterios generales para la adopción de medidas cautelares.

F) Puertos. Concesiones portuarias: diversas cuestiones.

G) Pesca marítima: interpretación de la normativa aplicable a las compensaciones por paradas técnicas de la actividad pesquera.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO.

A) Alcance de la prescripción prevista en el artículo 68.1 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español sobre el 1% cultural del coste de las obras públicas a favor del Ayuntamiento.

B) El artículo 6.b) de la Ley 16/1985, referido a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración estatal o que formen parte del Patrimonio Nacional, no es un título atributivo de competencias a favor del Estado.

5. MINAS.

A) No modifica la tipificación de una infracción por la extracción de áridos sin autorización oportuna en la zona de dominio público hidráulico la carencia de formal deslinde, pues este demanio lo es por ministerio de la Ley. La autorización para explotar

un recurso minero de la Sección A) no excluye la obligación de obtener las demás autorizaciones y/o concesiones que con arreglo a las Leyes puedan necesitarse.

B) El plazo de tres meses de antelación a la espiración de su permiso que prevé el artículo 14.1.3 del Reglamento de la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 21 de junio de 1974 no ha de interpretarse de forma literal, sino que puede tener que ponderarse atendiendo a las circunstancias del caso.

6. CARRETERAS.

A) Valoración del suelo expropiado para la construcción de carreteras.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

a) Hecho imponible.
b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
d) Imposición y ordenación.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.
b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Cuantía de la tasa.

C) Dominio público local.

a) Tasas por utilización del dominio público local en general.
b) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil.

---

1. BIENES LOCALES

A) Adquisición del patrimonio local: requisitos para la procedencia de la permuta

Se ha dictado la **STSJ de Madrid,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, **núm. 1985/2010, de 21 de octubre,** que se ha pronunciado sobre la concurrencia de los requisitos para la procedencia de una permuta de un bien municipal por otro de un particular. Requisitos que aparecen especificados en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Artículo en el que se dice que no será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40% del que lo tenga mayor.

Sobre el alcance de los requisitos exigidos por el citado precepto para poder realizar la permuta se ha pronunciado en diversas ocasiones el TS. Jurisprudencia que aplica el TSJ

de Madrid para considerar que no se han cumplido en el caso debatido tales condiciones y, por tanto, no resulta procedente la permuta objeto de enjuiciamiento.

En concreto, en la STSJ de Madrid se reproduce la STS de 15 de junio de 2002, en la que se resume la doctrina de dicho Tribunal. En esta última Sentencia se afirma que la Sala de instancia no niega que las Corporaciones Locales puedan disponer mediante permuta de sus bienes patrimoniales. Simplemente declara que la regla general es la enajenación mediante subasta, y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que quede asegurada su necesidad, expediente que en el caso presente no se ha observado, pues como única justificación de la permuta aparece un informe de 31 de mayo de 1993, esto es, de fecha posterior a aquella en que se acordó la permuta, y esta tesis corresponde a la mantenida por esta Sala en Sentencias de 31 de enero de 2000 y 24 de abril de 2001, por lo que el presente motivo de casación ha de ser desestimado. En efecto, en la última de estas Sentencias se declara que: 1) La subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986; y en términos parecidos se pronuncia el artículo 168, citado por la Sentencia recurrida, del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976. 2) El significado de esa regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente Local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes. 3) Es en el marco de la idea anterior como ha de ser interpretado el apartado 2 del artículo 112 del Reglamento de Bienes de 1986. Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y es esto último lo que exigirá, a su vez, dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más convenientes que otros bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y por otros medios.

El TSJ de Madrid no considera que concurran estos requisitos señalados por el TS en el caso debatido. Así, se afirma en la Sentencia comentada que la única justificación de la permuta que figura en el expediente administrativo es el alto valor de la finca del particular y la escasez de recursos del Ayuntamiento que le impiden expropiarla o adquirirla. Ante esta explicación la opción de la permuta no aparece como necesaria y única opción posible. El Ayuntamiento perfectamente podía y debía haber recalificado los terrenos de su propiedad y posteriormente haberlos vendido en subasta, y con el dinero obtenido de esta manera haber expropiado o pagado el precio establecido en el contrato de compraventa. Si el Ayuntamiento hubiera optado por la subasta habría garantizado la libre concurrencia y se hubiera colocado en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se hubiera ampliado el abanico de las opciones

posibles del Ente Local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes, y que no es otro que obtener el mejor precio posible.

B) Prerrogativas de las Entidades locales: potestad de investigación

Se ha dictado la **STSJ de Castilla y León (Burgos)** Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Primera, **núm. 507/2010, de 16 de julio,** que se pronuncia sobre el alcance de la potestad de investigación.

En relación con el mismo en la STSJ comentada se parte de que en el artículo 53 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 se dice que la resolución del expediente de investigación corresponde al órgano competente de la Corporación, previo informe del Secretario; y si la resolución fuera favorable, se procederá a la tasación de la finca o derecho, su inclusión en el inventario y la adopción de las medidas tendentes a la efectividad de los derechos de la corporación.

Para la STSJ mencionada resulta lógico que para inventariar un bien sea preciso declarar la titularidad de este bien, o derecho, así como todos los demás requisitos que se establecen en el mismo indicado Reglamento de Bienes, en sus artículos 18 a 30. Y es esa declaración de titularidad la que puede originar que se suscite una controversia entre la Entidad local y los particulares afectados y que sea la jurisdicción ordinaria la que tenga que resolverla. En este sentido en el artículo 55 del Reglamento de Bienes se dice que el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión de la investigación practicada corresponderá a la jurisdicción ordinaria, quedando para el conocimiento de esta jurisdicción todas las demás cuestiones que no sen de naturaleza civil, como viene a recoger en forma indirecta en número 2 de este mismo artículo 55.

Teniendo en cuenta cuál es el alcance de la potestad de investigación, el TSJ considera que se ha respetado el procedimiento y que las resoluciones dictadas se han ajustado a Derecho.

Finalmente, en la STSJ se afirma que esta declaración de propiedad y esta inclusión en el inventario de bienes que realiza la Entidad local sólo puede tener unos efectos puramente administrativos, puesto que, suscitándose controversia sobre la propiedad del bien, sólo puede resolverse esta cuestión ante la jurisdicción ordinaria; pero, además, procede poner de manifiesto que el bien inmueble se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad, según se desprende por la prueba aportada por la parte aquí apelante, a favor de esta parte, sin perjuicio del alcance que sobre linderos, superficie y otras determinaciones pueda tener lo recogido en la inscripción registral, pero que en todo caso se debe tener en cuenta lo dispuesto fundamentalmente en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, sin perder de vista lo recogido en los artículos 28 y concordantes de la misma Ley. No se puede olvidar la presunción que recoge la Ley Hipotecaria sobre la propiedad y sobre la posesión de los bienes a favor del que figure como su titular en el Registro de la Propiedad, y es cuando la Administración demandada pretenda recuperar la posesión o realizar actos de posesión o de dominio cuando se enfrente a esta presunción recogida en el Registro de la Propiedad, pero que en ningún caso esta inscripción puede afectar a las actuaciones de investigación y su consiguiente resolución del expediente de investigación mediante la inscripción en el inventario de bienes.

C) Prerrogativas de las Entidades locales: potestad de recuperación de oficio

Se ha dictado la **STSJ de Castilla y León (Burgos)** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, **núm. 136/2011, de 4 de marzo,** que se pronuncia sobre los requisitos para ejercitar la potestad de recuperación de oficio, reiterando jurisprudencia anterior de la misma Sala del TSJ y reproduciendo la jurisprudencia del TS sobre la materia que fue objeto de comentario en números anteriores de esta Revista, a los que me remito. En aplicación de dicha jurisprudencia la STSJ considera correctas las actuaciones administrativas realizadas por considerar probada la posesión reciente por la Entidad local de la superficie recuperada. Además, se afirma que la determinación de la propiedad de la superficie recuperada corresponde a la jurisdicción civil y todo lo que se afirme en esta jurisdicción contencioso-administrativa sobre el dominio es meramente prejudicial y sólo afecta a lo dispuesto en esta Sentencia.

D) Prerrogativas de las Entidades locales: la autorización judicial para la entrada en domicilio con el fin de ejecutar una orden de desalojo de una propiedad local

Se ha dictado la **STSJ de Cataluña,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, **núm. 323/2010, de 31 de marzo,** que se ha pronunciado sobre la legalidad de un auto dictado por un Juzgado autorizando la entrada en domicilio con el fin de ejecutar una orden de desalojo de una propiedad local. La STSJ confirma el auto impugnado por las razones que a continuación se indicarán.

En concreto, la STSJ comienza afirmando que no le corresponde al Juez que otorga la autorización de entrada enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse, puesto que las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Sin embargo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera, no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. En términos generales, como ha precisado el Tribunal Constitucional, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

Sin embargo, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2004, de 13 de septiembre, las exigencias dependerán en cada supuesto de las circunstancias que concurran, puesto que los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes. Así, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas pre-

cisas para que la limitación del derecho fundamental que ella implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

Aplicando las consideraciones realizadas, el TSJ considera que se ha hecho de forma correcta esa ponderación de intereses. Y, a continuación, la STSJ se pronuncia sobre los diversos aspectos impugnados.

Así, en primer lugar, la STSJ rechaza el argumento de que no se concretaron suficientemente en la orden de desalojo las circunstancias espaciales y temporales en que debía llevarse a cabo. Y ello dado que tales exigencias dependerán en cada supuesto de las circunstancias que concurran, puesto que los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2004, de 13 de septiembre. Por eso, debe concluirse que no resultan equiparables aquellos supuestos en los que se trata de una intervención puntual en un domicilio, como resulta en los casos de la práctica de determinadas inspecciones, en los cuales debe extremarse el rigor en los requisitos que deben tenerse en cuenta durante la entrada, a fin de acotar el tiempo imprescindible y las demás circunstancias en que debe sacrificarse el derecho fundamental del titular del domicilio, respecto de aquellos otros supuestos, como el que aquí se plantea, en que se trata del desalojo de la totalidad de un inmueble ocupado sin título alguno por personas que han desoído los requerimientos administrativos previos, en cuyo caso no resulta necesario establecer otras limitaciones adicionales de lugar o de tiempo.

Por otra parte y pronunciándose sobre la obligación de una audiencia previa a todos los ocupantes, en la STSJ comentada se afirma que el artículo 8.6 de la Ley Jurisdiccional no contiene previsión de audiencia a quienes resulten ser destinatarios de la autorización judicial de entrada, que no resulta por tanto un trámite necesario en sede jurisdiccional, hasta el extremo de que puede en determinados casos ser contraindicado para garantizar el principio de eficacia de la actuación administrativa. A pesar de ello en el caso enjuiciado se aprecia que se les dio audiencia a los ocupantes y se les notificaron los requerimientos, aunque no individualmente con todos, habida cuenta que, por tratarse de ocupantes sin título, se trata de una pluralidad indeterminada de destinatarios, por lo que resultó suficiente la publicación edictal llevada a cabo en su día, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.6.a) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo, la STSJ comentada no considera que interfiera en el procedimiento de autorización de entrada en domicilio el hecho de que también se hubiera impugnado la orden de desalojo y tramitado en otro proceso contencioso-administrativo paralelo; y ello dado que los recurrentes no han solicitado en ese otro procedimiento paralelo medida cautelar de suspensión de la efectividad del acto administrativo de desalojo. Afirmación que fundamenta en la STC núm. 283/2000, de 27 de noviembre. Y es esa ausencia de interferencia lo que determina, además, que la competencia territorial para autorizar la entrada en domicilio corresponda al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radica el inmueble afectado, conforme el artículo 14.3 de la Ley Jurisdiccional.

De la misma forma esa falta de interferencia conlleva que no pueda afirmarse que el otorgamiento de la autorización judicial para la entrada en domicilio haga perder la finalidad de ese otro proceso contencioso paralelo en el que se impugna la orden de desalojo.

Máxime si se tiene en cuenta que en él no se solicitó la adopción de medidas cautelares para la suspensión del acto administrativo.

E) Protección de los bienes de las Entidades locales: procedencia de la petición a la Administración para que inicie el procedimiento de declaración de lesividad para la anulación de una permuta

Se ha dictado la **STSJ de Madrid,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, **núm. 1985/2010, de 21 de octubre,** sobre la concurrencia de los requisitos para la procedencia de una permuta de un bien municipal por otro de un particular. Concurrencia que ha sido examinada en un apartado anterior, llegando a la conclusión el TSJ que no se han respetado las normas reguladoras de la permuta. En este apartado interesa resaltar que en el recurso contencioso-administrativo se impugnó la desestimación presunta por silencio administrativo de la petición de que el Pleno del Ayuntamiento iniciara el expediente de acuerdo con el artículo 103 de la Ley 30/1992 para declarar la lesividad de la permuta de un bien municipal por otro de un particular, por ser notoriamente perjudicial para el interés público. Vía de impugnación que se considera adecuada por el TSJ, por lo que ordena al Ayuntamiento que inicie el expediente de lesividad.

2. AGUAS CONTINENTALES: JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE ANDALUCÍA Y CASTILLA Y LEÓN SOBRE AGUAS EN CUENCAS INTERCOMUNITARIAS. OTRAS SENTENCIAS RECIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE AGUAS

Las **SSTC 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo,** han declarado inconstitucionales y nulos, respectivamente, los artículos 51 y 75.1 de los EEAA de las CCAA de Andalucía y de Castilla y León, que atribuían a esas CCAA competencias sobre lo que resumidamente podríamos llamar las cuencas hidrográficas del «Guadalquivir andaluz» y del «Duero castellanoleonés». Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre el «Guadalquivir andaluz» se asumían bajo la fórmula de la «exclusividad» mientras que las pretensiones del ECL eran de tono algo menor, puesto que sólo se pretendía asumir la competencia de desarrollo legislativo (y ejecución) de la legislación básica estatal. Sin embargo y en ambos casos, la respuesta del TC es la misma: inconstitucionalidad y nulidad de ambos preceptos.

Las razones jurídicas que para ello se aducen por el TC son de diversa índole y se desarrollan de una forma no lineal y, en algunos momentos, hasta con alguna duplicación argumentativa, pero podemos resumirlas de la siguiente forma:

a) Lo fundamental es la afirmación de que se produce por ambos EEAA una violación de lo previsto en el artículo 149.1.22.ª CE que otorga al Estado competencias exclusivas sobre las aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma, es decir, sobre lo que, posteriormente, el ordenamiento jurídico vino en denominar «cuencas intercomunitarias». Así, y apoyándose en jurisprudencia constitucional

anterior (sobre todo en lo indicado por la STC 227/1988), se dice en relación al artículo 51 EA por la STC 30/2011 (FJ 5) que:

«Al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre aguas de la cuenca del Guadalquivir, siendo como es ésta una cuenca hidrográfica intercomunitaria, el artículo 51 EAAnd se separa de la previsión establecida en el artículo 149.1.22.ª CE y del criterio que utiliza la Ley de Aguas (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reformado por Ley 62/2003, de 30 de diciembre) para la concreción de la delimitación territorial de las competencias del Estado que figura en el citado precepto constitucional ("aguas [que] discurran por más de una Comunidad Autónoma"). *Y lo hace el precepto estatutario con un criterio* ("aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma") *que conduce a un entendimiento que acoge un modelo de gestión fragmentada de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica intercomunitaria,* conforme al cual una parte de las aguas de la cuenca del Guadalquivir sería de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza y otra parte de las aguas de esa misma cuenca intercomunitaria sería de competencia exclusiva del Estado». (Estos resaltes tipográficos, así como todos los que se produzcan posteriormente, son míos, puesto que las SSTC citadas no los contienen en modo alguno.) (La misma doctrina se contiene en la STC 32/2011, FJ 6, relativa al artículo 75.1 del ECL).

Y aunque en esa STC 227/1988 se había dicho que la identificación del concepto «aguas [que] discurran por más de una Comunidad Autónoma» no era la única forma posible de interpretar el artículo 149.1.22.ª, se afirma también en la STC de 16 de marzo de 2011 que la interpretación realizada por el artículo 51 del EA, va contra principios presentes en esa misma STC 227/1988 (los criterios técnicos, lógicos y de experiencia que aducía el TC en dicha Sentencia y con la mención también del artículo 45.2 CE sobre la utilización racional de los recursos naturales) y, por tanto, incurre en inconstitucionalidad.

b) Por otra parte y de forma complementaria a la básica decisión anterior, tiene el mayor interés también la afirmación por parte del TC de la incapacidad de los EEAA de contemplar soluciones jurídicas que violenten (o interpreten, como ha sido el caso) lo establecido por la Constitución. Así, en el FJ 8 de la STC 30/2011, relativa al artículo 51 EA, se dice lo siguiente:

«En el presente caso es evidente que con la definición estatutaria del criterio territorial determinante de la delimitación de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.22.ª CE no sólo se están asumiendo competencias fuera del ámbito que acabamos de señalar —artículos 148 y 149 CE *a sensu contrario*— sino que además se menoscaban gravemente "las funciones propias" de las competencias estatales, cuya razón de ser no es otra, en la lógica del sistema de descentralización característico del Estado autonómico, que la garantía de la unidad última del ordenamiento a partir de un mínimo denominador común normativo, imprescindible en tanto que presupuesto para que la diversificación inherente al principio autonómico no se resuelva en contradicciones de principio con el fundamento unitario del Estado. *Tal función integradora padecería de manera irremisible si los Estatutos de Autonomía fueran constitucionalmente capaces de imponer un criterio de limitación competencial respecto de potestades y funciones que, como es el caso con las*

aguas que discurren por varias Comunidades Autónomas, han de proyectarse sobre una realidad física supracomunitaria, cuya disciplina sería sencillamente imposible si los criterios adoptados en los Estatutos de las Comunidades Autónomas interesadas resultaran incompatibles o excluyentes». (La misma doctrina en el FJ 7 de la STC 32/2011, relativa al artículo 75.1 del ECL.)

c) Y respondiendo a una alegación del Parlamento de Andalucía acerca de si habría formas igualmente posibles de cumplir el mandato de utilización racional de los recursos naturales al que se refiere el artículo 45.2 CE, se dice en el FJ 9 de la STC 30/2011 que

«... Independientemente de lo que ya hemos dicho, ahora importa precisar que, aun cuando ello fuera cierto, *cualquier otra eventual concreción del criterio territorial contenido en el artículo 149.1.22.ª CE —que nunca podría comportar un entendimiento fragmentador del concepto de cuenca hidrográfica, con ésta u otra denominación que pueda utilizarse— sólo podría venir de un solo y único legislador, que será siempre el legislador estatal de aguas, pues únicamente desde la posición supracomunitaria privativa de ese legislador puede proveerse un criterio capaz de ordenar en Derecho la disciplina normativa de una realidad física también supracomunitaria*». (La misma doctrina en el FJ 8 de la STC 32/2011, relativa al artículo 75.1 del ECL.)

Esta mención a una hipotética actuación del legislador estatal debe ser complementada con los límites que en otro lugar de la Sentencia 30/2011 (FJ 11) se dedican a esta actuación del legislador estatal:

«En segundo lugar, por lo que se refiere a la interpretación que también propone el Abogado del Estado, según la cual el artículo 51 EAAnd sería una suerte de cláusula de ampliación competencial condicionada a la eventualidad de que las Cortes Generales optaran en el futuro por otra concreción del concepto constitucional "aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma", que hiciera posible que la Comunidad Autónoma de Andalucía asumiera entonces, sin necesidad de reforma previa del Estatuto, competencias hidráulicas exclusivas sobre algunas aguas de la cuenca del Guadalquivir, *estamos ante una propuesta de interpretación conforme que ha de ser rechazada, al entrar en contradicción con el artículo 149.1.22.ª CE, puesto que, como hemos señalado en el fundamento jurídico 7 de esta Sentencia, el legislador estatal no puede redefinir las competencias exclusivas del Estado en relación con una cuenca hidrográfica supracomunitaria, como es la del Guadalquivir, mediante un entendimiento fragmentador de la cuenca que conduzca a "compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma"* (STC 227/1988, FJ 15)».

En suma se trata de asegurar «una administración unitaria de un recurso natural de tanta trascendencia para diversos sectores y subsectores materiales como es el agua» (FJ 11 de la STC 30/2011), y, por tanto y continuando con las alusiones a esa hipotética acción del legislador estatal:

«... De aquí que dicha administración unitaria, que corresponde concretar al Estado según diversas modalidades técnicas, de acuerdo con la concurrencia de competencias distintas

de las diferentes Administraciones implicadas, *no puede resultar enervada por un precepto como el artículo 51 EAAnd, que determina que la Comunidad Autónoma de Andalucía pueda configurarse como consecuencia del tipo de competencia asumida, como la Administración ordinaria en régimen de exclusividad de las aguas del curso principal del río Guadalquivir y de los afluentes —o tramos de los mismos— que transcurran por el territorio de Andalucía, separando dicha administración de la correspondiente a los restantes tramos fluviales que afluyen a dicho río desde el territorio de otra Comunidad Autónoma*». (La misma doctrina en el FJ 9 de la STC 32/2011, relativa al artículo 75.1 del ECL.)

Y, finalmente, también tiene interés desde esta perspectiva de mención de la actuación del legislador estatal en relación a la impugnación de otro precepto del EA, el artículo 50.2, que se desestimará, lo que se dice al final del FJ 12 (y último) de la STC 30/2011 relativa a Andalucía. Allí se indica que

«... Todo ello sin perjuicio de que, como alega el Abogado del Estado, *nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de "policía del dominio público hidráulico" en cuencas intercomunitarias (STC 161/1996, de 17 de octubre), o que, según el artículo 17.d) de la Ley de Aguas, entre las funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico, se encuentre el otorgamiento de autorizaciones cuya tramitación puede encomendarse a las Comunidades Autónomas*».

Como se habrá podido colegir de todas las citas anteriores, las SSTC 30/2011 y 32/2011 de 16 y 17 de marzo, son muy semejantes en lo sustancial. Sólo se separan —respondiendo también a cuestiones planteadas específicamente por las partes— en las menciones que la STC 32/2011 realiza al verbo utilizado en tiempo futuro, «asumirá», por el artículo 75.1 ECL que el TC rechaza por creer que de ese futuro —en sentido contrario al postulado por el Abogado del Estado en su contestación al recurso— no puede deducirse en modo alguno una hipotética voluntad del ECL de diferir las competencias efectivas a determinadas concreciones que se llevarían a cabo más adelante. Igualmente, la STC 32/2011 contiene una expresa mención a la posible utilización del mecanismo constitucional de atribución de competencias utilizando la posibilidad prevista en el artículo 150.2 CE (en la STC 30/2011 no se menciona expresamente el artículo 150.2 CE pero puede entenderse realizada implícitamente dicha mención en sus referencias a la actuación del «legislador estatal» y a los límites que tendría ésta tal y como se han reflejado anteriormente).

Indicamos, por último, que estas SSTC no son las únicas que sobre el tema de competencias de las CCAA sobre aguas han aparecido y Sentencias relativas, en todos los casos, a impugnaciones realizadas de determinados preceptos de los EEAA que proceden de la última fase de reformas estatutarias comenzada por el ECV en 2006. Lo único que sucede es que estas otras SSTC han ratificado (en algunos casos con determinadas interpretaciones jurídicas de trascendencia) la constitucionalidad de los preceptos presentes en esos EEAA. En todo caso, enumeramos ahora estas SSTC indicando, sucintamente, el tema que tratan:

— STC 247/2007, Sentencia que aparece respondiendo a la impugnación del Gobierno de Aragón de un precepto del ECV relativo a un derecho de los ciudadanos valencianos a la redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias. Se afirma la constitucionalidad del precepto recurrido (artículo 17.1 ECV) pero no

como tal derecho, sino como un cierto principio de orden económico y social que, en todo caso, sólo tendría virtualidad en relación con la actuación de las instituciones valencianas, no del Estado, y relacionado, además, con la imposibilidad de que los EEAA regulen derechos de los ciudadanos que guarden relación con las competencias de la Comunidad.

— STC 31/2010, Sentencia que soluciona el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra muchos preceptos del EC. Supone la declaración de constitucionalidad de la previsión de la emisión de un informe por la Generalitat de Cataluña sobre cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial (artículo 117.4 EC). Igualmente se afirma la constitucionalidad de la previsión de la participación de la Generalitat en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias. En concreto eso supone, además, la constitucionalidad de la previsión estatutaria de la competencia ejecutiva de la Generalitat sobre:

  a) La adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos.
  b) La ejecución y la explotación de las obras de titularidad estatal si se establece mediante convenio.
  c) Las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal (*vid*. artículo 117.3 EC).

Igualmente se afirma la constitucionalidad de la mención del artículo 117.2 EC acerca de la asunción por la Generalitat en los términos establecidos por la legislación estatal de competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general y la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general.

— STC 48/2010, Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad de la Generalitat de la Comunidad Valenciana contra el artículo 117.4 EC (entre otros preceptos impugnados). El FJ 2 desestima el recurso utilizando los mismos argumentos que ya hemos contemplado en la STC 31/2010 dado que la razón de impugnación es idéntica.

— STC 49/2010, Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, contra el artículo 117 EC en diversos de sus apartados. El FJ 2 desestima el recurso utilizando los mismos argumentos que ya hemos contemplado en la STC 31/2010 dado que la razón de impugnación es idéntica. Pero también se utiliza por los impugnantes la referencia a la vulneración de la «autonomía local» protegida constitucionalmente por la capacidad que el EC otorga a la Generalidad de fijar medidas adicionales en caso de sequía, argumentación que el TC rechaza por ser de carácter meramente preventivo, en función de un hipotético futuro y no por referirse a una concreta violación de la autonomía local por el texto del EC impugnado.

— STC 138/2010, Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra distintos preceptos del EC. Como los fundamentos jurídicos de la impugnación por parte de la Comunidad de La Rioja del artículo 117 EC son idénticos a los presentes en el recurso que dio lugar a la STC 31/2010, el TC en el FJ 2 se remite a lo ya indicado en la Sentencia original.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Recuperación de oficio: improcedencia de medida cautelar de suspensión

La **STS de 25 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 2060/2010, declara la prevalencia del interés general ínsito en la recuperación del demanio costero usurpado sin título frente a los intereses estrictamente privados (fundamentalmente económicos) al mantenimiento de la infraestructura indebidamente construida sobre él. Además, en aplicación de los criterios generales para la adopción de las medidas cautelares, no queda acreditado el *periculum in mora* o pérdida de la finalidad legítima del recurso como consecuencia de la ejecución del acto recurrido. Por ambas razones, deniega la medida cautelar de suspensión expresada en las resoluciones impugnadas.

B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre

a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que presentan esta condición por naturaleza

De nuevo hay que dejar constancia de pronunciamientos que confirman el carácter demanial por naturaleza de bienes costeros mediante el ejercicio de la potestad estatal de deslinde. Y ello con independencia de la concurrencia sobre el mismo espacio físico de competencias de otras Administraciones —singularmente las urbanísticas que detentan Comunidades Autónomas y Municipios—, que deberán coordinarse y cooperar en su ejercicio. Por eso, como recuerdan las **SSTS de 4 de febrero y 1 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 872/2007 y 386/2007, FJ 5, no puede pretenderse con éxito que la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana vincule a la Administración estatal cuando realiza posteriormente el deslinde de la zona. La declaración de demanialidad de un tramo de costa resulta inmune a las normas urbanísticas previstas en el Plan, que no pueden hacer perder a los terrenos las características demaniales que el deslinde se encarga de declarar. También resulta independiente a los efectos del ejercicio de esta potestad la existencia de títulos jurídicos remotos, que en ningún caso alteran las circunstancias fácticas descritas con precisión en la Ley de Costas: el deslinde tiene carácter declarativo, no constitutivo, por lo que no se ve obstado por titularidades privadas sobre los bienes demaniales (**SSAN de 3 de febrero y 1 de abril de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 871/2009, FJ 6 y 214/2009).

Así sucede con la zona marítimo-terrestre (**STS de 25 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1796/2007, FJ 3; **SSAN de 3, 10 y 17 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 411/2009, FJ 3, 379/2008, FJ 4 y 312/2009, FJ 6), con las playas y dunas litorales [**SSAN de 24 de febrero y 24 (dos) y 28 (dos) de marzo de 2011,** Sala

de lo Contencioso, recursos 745/2008, FFJJ 6 y 7, 692/2008, 744/2008, FFJJ 5, 6 y 7, 506/2007 y 686/2008, FJ 6], con los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar (**SSAN de 27 de enero y 4 y 14 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 762/2008, FFJJ 3 y 4, 246/2009, FFJJ 4 y 5 y 773/2008, FFJJ 4 y 5), con los acantilados (**SSAN de 27 de enero y 23 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 367/2008, FJ 4 y 51/2007, FJ 6), y con los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características demaniales y no han sido desafectados (**SSAN de 27 de enero y 23 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 67/2008, FJ 3 y 277/2009). Sin embargo, no pertenecen al demanio las dunas fósiles que no provienen del mar ni del transporte de los vientos marinos sino de la erosión de las rocas calizas, en las que además no queda acreditado el contacto con el mar (**SAN de 10 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 255/2008), los terrenos respecto de los que no quede probado su alcance por las olas en los mayores temporales conocidos (**SSAN de 28 de enero, 17 de marzo y 1 de abril de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 276/2008, 97/2008 y 572/2009), las zonas que no se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas sino como consecuencia de precipitaciones y de la escorrentía de la cuenca vertiente [**SSAN de 17 de febrero de 2011 (dos),** Sala de lo Contencioso, recursos 12/2009 y 449/2009, FFJJ 3 y 4], y los terrenos respecto de los que no queda acreditada su condición de playa (**SAN de 27 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 367/2008, FJ 3).

b) Efectos: declara la titularidad dominical a favor del Estado, prevaleciendo frente a inscripciones registrales en contrario

Es cuanto a sus efectos, es bien sabido que el artículo 13 de la Ley de Costas otorga al deslinde uno sustancial: el de declarar no sólo la posesión sino, asimismo, la propiedad estatal de los bienes incluidos en el dominio público marítimo-terrestre. Este efecto le permite prevalecer sobre inscripciones registrales a favor de terceros, tal y como recuerda la **STS de 28 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1668/2007.

c) Procedimiento

a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores

También es conocido que la potestad de deslinde de costas puede ejercitarse en cualquier momento, aunque no hayan cambiado las características morfológicas de los terrenos. Lo determinante al efecto es que reúnan las características físicas que describe la Ley de Costas para considerar su naturaleza demanial, de manera que la existencia de deslindes previos no imposibilita la realización de otros posteriores si aquéllos resultan incorrectos, incompletos o inexactos [**SSAN de 27 de enero de 2011 (dos),** Sala de lo Contencioso, recursos 367/2008, FJ 2 y 67/2008, FJ 2]. Este nuevo deslinde en ningún caso implica la revisión por la Administración de actos propios contrarios al ordenamiento jurídico —por lo que no debe seguirse el procedimiento diseñado al efecto en la Ley 30/1992—, sino la determinación del dominio público marítimo-terrestre a fin de constatar si efectivamente un terreno reúne o no las características contempladas en los artículos 3 a 5 de aquella

norma (**SSAN de 24 de febrero y 24 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 745/2008, FJ 3 y 744/2008, FJ 2).

b') Iniciación

La iniciación de un procedimiento de deslinde puede derivar de la alteración de la configuración del dominio público marítimo-terrestre (artículo 12.6 Ley de Costas) o de la falta de deslinde previo en el tramo sobre el que proceder (Disposición Transitoria Tercera del Reglamento de Costas). Cualquiera de estas dos circunstancias es justificación suficiente para poner en marcha un expediente destinado a delimitar los bienes costeros, sin que se requiera motivación adicional (**SAN de 3 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 871/2009, FJ 5).

c') La modificación sustancial de la delimitación provisional no requiere nuevo acto de apeo, pero sí información pública y audiencia a los interesados

Como recuerdan las **SSAN de 24 de febrero y 24 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 745/2008, FJ 4 y 744/2008, FJ 4, cuando el proyecto de deslinde modifique sustancialmente la delimitación provisional efectuada a efectos de la inacción del expediente no se requerirá nuevo acto de apeo, pero sí apertura de un período de información pública y de audiencia a los propietarios afectados.

d') Las irregularidades procedimentales sólo determinan la anulabilidad del deslinde si producen indefensión

En la línea de una consolidada doctrina jurisprudencial en este sentido, las **STS de 25 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1244/2007 **y SSAN de 3, 10, 17 (dos), 23 y 24 de febrero y 4, 11 y 14 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 411/2009, FJ 2, 379/2008, FJ 3, 312/2009, FJ 3, 679/2008, FJ 2, 51/2007, FJ 5, 692/2008 FJ 3, 246/2009, FJ 3, 59/2009, FJ 3 y 773/2008, FJ 3, recuerdan que las irregularidades en el procedimiento de deslinde de costas sólo determinan la anulabilidad del acto administrativo cuando producen indefensión en los interesados, menoscabando su derecho de defensa y causándoles un perjuicio real y efectivo, lo que no sucede en estos supuestos, en los que han podido alegar y probar cuanto han estimado oportuno.

Sí sucede, sin embargo, en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 17 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 679/2008. En este caso, y a la vista de las alegaciones presentadas en el correspondiente trámite procedimental, se elaboró una información complementaria al proyecto de deslinde por la que se extraían de la delimitación inicialmente propuesta diversos terrenos que no respondían a las características demaniales. Esta modificación, sin embargo, no fue tenida en cuenta en la resolución del procedimiento, que seguía incluyéndolos entre aquellos bienes. Como declara la Sala, esta forma de proceder de la Administración no responde a la seriedad en la adopción de decisiones que sería deseable, afectando además al derecho de defensa del recurrente, a la que se aboca a una labor impugnatoria improcedente. Por esa razón, anula la parte de la Orden aprobatoria del deslinde que no tiene en cuenta la modificación efectuada.

e') La exclusión del demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la sustracción de todos ellos

También se ha destacado en multitud de crónicas previas cómo el hecho de que un deslinde no incluya entre los límites del dominio público costero terrenos con características demaniales no justifica su exclusión de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad. En ello insiste en esta oportunidad la **STS de 15 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 6830/2006.

f') El plazo para resolver y notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento: nueva doctrina del Tribunal Supremo

De conformidad con la redacción dada por la Ley 53/2002 al artículo 12.1 de la Ley de Costas, el plazo para resolver y notificar los procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 es de veinticuatro meses, so pena de caducidad (**SSAN de 17 de febrero y 1 de abril de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 312/2009, FJ 2 y 203/2009), siendo el *dies a quo* no el de la autorización de su tramitación por las Demarcaciones de Costas por parte de la Dirección General correspondiente, sino el de la providencia de incoación realizada por aquéllas (**SAN de 11 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 256/2008). Por supuesto, nada impide a la Administración aplicar lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992: suspensión del cómputo cuando deban solicitarse informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe —debiendo comunicarse ambas fechas—, sin que pueda exceder en ningún caso de tres meses. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 1 de abril de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 463/2009, no consta que se haya dictado ninguna resolución acordando una prórroga semejante, ni se ha notificado a las partes nada en ese sentido. Parece, pues, que la Administración ha intentado enervar la caducidad del procedimiento mediante el subterfugio de acordar la suspensión tardíamente, por lo que la Sala procede a declarar caducado el procedimiento. En análogo sentido, tampoco hay inconveniente en ampliar el plazo normativamente establecido al amparo del apartado 6 del mismo artículo 42 de la Ley 30/1992, justificando debidamente las circunstancias concurrentes. Lo que no cabe, como en el caso reflejado por la **SAN de 17 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 512/2009, es exceder todos los plazos (regular y ampliación) y dictar una resolución extemporánea para finalizar un procedimiento ya caducado.

Por lo que hace a los deslindes que se hubiesen incoado con anterioridad a aquella fecha, la Ley de Costas no establecía un plazo de caducidad sin que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, les resultase de aplicación el plazo supletorio de tres meses que establecía la redacción original del artículo 42.2 de la Ley 30/1992 para casos semejantes: se trataba, entendía el TS, de procedimientos iniciados de oficio que no pueden calificarse de limitadores o restrictivos de derechos (**SSAN de 27 de enero, 10 de febrero y 11 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 762/2008, 379/2008 y 59/2009).

No obstante, a partir de la STS de 26 de mayo de 2010 —de la que se dio debida cuenta en la correspondiente crónica en esta Revista—, el Alto Tribunal ha modificado este criterio respecto a los deslindes iniciados después de la entrada en vigor de la Ley 4/1999,

de modificación de la Ley 30/1992 —14 de abril de 1999— y antes de la vigencia de la Ley 53/2002, considerando aplicable a aquéllos el plazo de caducidad de seis meses que contempla el artículo 44 de la Ley 30/1992. Y ello porque el procedimiento de deslinde de costas, tal como se diseña en el Reglamento de Costas, ya presenta un conjunto de trámites obligados cuyos plazos, sumados, superan el supletorio de tres meses contemplado con carácter general en la nueva redacción del artículo 42.3 de la Ley 30/1992. Cabe entender así que las normas reguladoras del procedimiento fijan un plazo superior a tres meses para dictar resolución expresa que, por no ser concretado, no podrá exceder de seis meses (artículo 42.2 de la Ley 30/1992). La conclusión es que, transcurrido sin haberse notificado resolución expresa, procederá la declaración de caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones. Pues bien. Al socaire de esta nueva doctrina, la **STS de 6 de abril de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1795/2007 y las **SSAN de 3 de febrero y 4 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 590/2007 y 41/2010, declaran la caducidad de sendos procedimientos de deslinde iniciados, respectivamente, el 27 de julio de 2000, el 31 de mayo de 1999 y el 8 de octubre de 1999, y resueltos el 27 de mayo de 2004, el 31 de marzo de 2009 y el 17 de julio de 2007.

g') El *dies ad quem* para computar el plazo de los procedimientos de deslinde de costas es el de la publicación de su resolución en el BOE

En cuanto al cómputo, debe recordarse que, de conformidad con la redacción dada por la Ley 53/2002 al artículo 12.1 de la Ley de Costas, el plazo de veinticuatro meses para resolver y notificar los deslindes iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 contará desde la fecha del acuerdo de incoación, hasta la fecha de notificación de la resolución administrativa que pone término al expediente. Como señala el FJ 2 de la **SAN de 17 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 449/2009, la especificidad del procedimiento de deslinde —con gran número de afectados que dificultan la notificación personal—, justifica que el *dies ad quem* sea el de la publicación de la resolución en el BOE, y no el de la notificación personal que, en este caso, también se formuló con posterioridad. Se rechaza así el reproche de caducidad expresado.

h') La coincidencia física de los límites demaniales hace innecesario un nuevo deslinde

Por cierto que, cuando el deslinde realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas se ajusta a los criterios de la misma y, más aun, las nuevas técnicas cartográficas demuestran que la actual poligonal es íntegramente coincidente con la del antiguo deslinde, sólo procede ratificar este anterior, sin resultar preciso un nuevo procedimiento (**STS de 16 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 257/2007).

d) Debe inadmitirse la solicitud de revisión de oficio de una Orden aprobatoria de deslinde que no le reprocha ninguna concreta causa de nulidad, así como la solicitud de la práctica de uno nuevo sin justificación suficiente

El hecho de que se solicite la revisión de oficio de la Orden que aprueba el deslinde de un tramo de costa cuarenta años después de que se aprobase, y sin reprocharle ninguna causa concreta de nulidad que justifique dicha revisión encubre, a juicio de la **STS de 28 de**

febrero de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso 536/2007, una impugnación extemporánea. Por ese motivo, desestima el recurso de casación, declarando que dicha solicitud no sólo debió ser desestimada por silencio administrativo —como sucedió— sino que debió resultar inadmitida. En parecidos términos, el mismo Tribunal (**STS de 7 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 254/2007) ratifica la denegación de la solicitud de que se practique un nuevo deslinde sin aportar justificación suficiente, estimando que la verdadera pretensión es la de impugnar uno anterior que había devenido firme.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección

El régimen jurídico del demanio costero conlleva importantes limitaciones para las propiedades privadas colindantes, que deben soportar las servidumbres y restricciones impuestas al ejercicio de las facultades dominicales de los propietarios para garantizar la protección, conservación y aprovechamiento de aquél (**STSJ de Galicia de 27 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 4307/2010).

Una de las cuestiones recurrentes en la jurisprudencia que se reseña en estas crónicas es la relativa a la extensión de la servidumbre de protección, que recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 Ley de Costas), reduciéndose a 20 metros en el caso de terrenos calificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la norma o que, en su defecto, en la misma fecha se tratase de un área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica) y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter (Disposición Transitoria Novena.3 del Reglamento de Costas). Nuevamente se da cuenta de pronunciamientos en este sentido, que no entienden acreditada dicha condición en los terrenos afectados, ratificando aquella extensión común: **SSTS de 15 de febrero y 25 de marzo (dos) de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 259/2007, 1121/2007 y 1796/2007, FJ 4; **SSAN de 27 y 28 de enero, 3 de febrero y 3 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 468/2008, 716/2008, 740/2008 y 122/2009.

Por cierto que, como recuerda muy acertadamente el FJ 6 de la **STS de 1 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 386/2007, esta determinación de la anchura de la servidumbre de protección no es una atribución urbanística expresión de competencias autonómicas y locales —como defendía, con gran error jurídico y conceptual, la Sentencia de instancia—, sino una consecuencia de la declaración que implica el ejercicio de la potestad estatal de deslinde. De hecho, la clasificación del suelo como urbano sólo sirve, en lo que aquí se discute, para fijar la extensión de la servidumbre de protección en 20 metros, sin otras consecuencias de índole urbanística.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) Alcance de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas

La **STS de 22 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 6570/2004, recuerda la interpretación que debe darse al apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la

Ley de Costas. Esta Disposición sujeta a los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no hubiesen sido ocupados por la Administración al ser practicado un deslinde anterior por estar amparados por inscripciones registrales a favor de particulares al mismo régimen de usos establecidos en la vigente normativa costera, respetándose no obstante un derecho de preferencia —que no a la obtención de la concesión— frente a otras solicitudes durante diez años desde la entrada en vigor de la Ley de Costas.

b) Otorgamiento concesional: cabe autorizar el uso del demanio costero en aplicación de la regla del doble silencio administrativo

La **SAN de 17 de febrero de 2011 y** la **STSJ de Baleares de 10 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 884/2009 y 172/2011, consideran otorgado por doble silencio los usos privativos del dominio público marítimo-terrestre. Aunque singularmente la segunda recuerda que el silencio estimatorio está preterido en relación con solicitudes que puedan implicar transferencia al interesado de facultades sobre el dominio público (artículo 43.2 de la Ley 30/1992), ambas interpretan que esta regla no se extiende a la desestimación presunta del recurso de alzada formulado frente a la denegación por silencio de lo solicitado. Por esa razón, concluyen en los otorgamientos de los títulos correspondientes en aplicación de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la misma norma.

c) Procedimiento: necesidad de aceptación por el concesionario de las condiciones del título

El artículo 67 de la Ley de Costas dispone la información pública y la oferta de condiciones de la Administración del Estado al peticionario de la concesión, sin cuya aceptación no será otorgada. Por ello, la **STS de 25 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1009/2007, confirma el desistimiento del título realizado por los solicitantes de un título de uso privativo que no manifestaron dicha aceptación. En ningún caso esta consecuencia tiene carácter sancionador.

d) Extinción concesional: caducidad

a') Caducidad de la concesión por incumplimiento grave de las condiciones de otorgamiento

En aplicación del artículo 79 de la Ley de Costas, la Administración podrá declarar la caducidad de la concesión de uso privativo del dominio público costero en supuestos de incumplimiento del clausulado concesional. Así sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **STS de 10 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 4596/2007.

b') Improcedencia de medida cautelar de suspensión

Por su parte, la **STS de 15 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1805/2010, también ratifica la denegación de la medida cautelar de suspensión de la declaración de caducidad de una concesión —por cambio de destino respecto del autorizado— expresada

en las resoluciones impugnadas, al determinar la prevalencia del interés general sobre los intereses estrictamente privados y al no quedar acreditado el *periculum in mora*.

e) Extinción concesional: revocación

El artículo 78 de la Ley de Costas permite la revocación de las concesiones de costas por alteración de los supuestos físicos existentes en el momento del otorgamiento. Y ello cuando no sea posible la modificación del título. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **STS de 28 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 1040/2007, se da esta situación, al haber disminuido de forma ostensible la línea de costa y, pese a los rellenos efectuados por la Administración, impactar las olas contra las edificaciones, con riesgo de éstas y de la seguridad de las personas. Por esa razón, y habiéndose cumplido el trámite necesario de declaración previa de utilidad pública, el Tribunal ratifica la revocación, recordando asimismo la innecesariedad de trámites previos de audiencia a los interesados y Dictamen del Consejo de Estado.

E) Infracciones

a) Tipos infractores: exigen la concurrencia de dolo o culpa

Los artículos 90 y siguientes de la Ley de Costas tipifican el elenco de conductas cuya realización constituye una infracción administrativa que acarrea la correspondiente sanción, la obligación —imprescriptible— de restitución de las cosas y reposición a su estado anterior (**STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 95/2009), incluyendo el beneficio ilícitamente obtenido (**STSJ de Baleares de 10 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 355/2009, FJ 4): utilización del dominio público marítimo-terrestre y sus zonas de servidumbre para usos no permitidos por la ley (**STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 103/2011), ejecución de obras e instalaciones en el demanio sin el debido título administrativo (**SSTSJ de Baleares de 31 de enero y 10 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recursos 429/2009 y 355/2009, FFJJ 2 y 3), acciones que produzcan daños irreparables o de difícil reparación en el dominio público (**STSJ de Baleares de 31 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 402/2008). Sin embargo, la realización de estas conductas debe ir acompañada de dolo o culpa, aun a título de simple inobservancia, lo que no sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **STSJ de Baleares de 10 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 888/2008. En este caso, la ocupación sin título deriva de un deslinde que incluyó entre los límites del demanio unos terrenos en los que el recurrente desarrollaba parte de su negocio de hostelería. De conformidad con la Disposición Transitoria Primera.4 de la Ley de Costas, el recurrente solicitó el otorgamiento de concesión gratuita en 1995 sin que, a la fecha, se haya dictado resolución por la Administración, que ha tolerado en este tiempo el desarrollo de la actividad. De esta forma, entiende el Tribunal que se ha generado en el recurrente la confianza legítima de que no actuaba de modo contrario a derecho mientras no obtuviese una respuesta, eliminándose así el elemento subjetivo necesario en la comisión de las infracciones. Por esa razón, se estima el recurso y se anula la sanción impuesta.

b) La acción en defensa de la legalidad costera es pública

Debe destacarse asimismo la **SAN de 17 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 884/2009, FJ 3, en la que se recuerda que la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo dispuesto en la normativa de costas es pública (artículo 109 de la Ley de Costas). No hay, pues, que acreditar un interés legítimo más allá de dicha defensa para admitir el recurso.

c) No procede la suspensión de la ejecución de la sanción si no concurren los criterios generales para la adopción de medidas cautelares

Finalmente, la **STS de 26 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 948/2010, revisa nuevamente los criterios generales para la adopción de medidas cautelares, concluyendo que en el supuesto de autos —sanción impuesta por ocupación del demanio costero mayor de la autorizada y obligación de reponer las cosas a su primitivo estado— no concurrían ni el *periculum in mora* ni la apariencia de buen derecho.

F) Puertos. Concesiones portuarias: diversas cuestiones

La extensa **STS de 8 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 4149/2008, se pronuncia sobre la declaración de lesividad del acuerdo de una Autoridad Portuaria por el que se ampliaba a 25 años el plazo de una concesión demanial y de gestión de servicios sobre la superficie de un puerto. Dos son los juicios de la Sala que interesa destacar. Por un lado, la condición de demandante de la propia Autoridad Portuaria que, en cuanto que funcionalmente dependiente del Ministerio de Fomento que tramita el procedimiento para declarar lesiva su resolución, no comparte con la recurrente (concesionaria) la condición de demandada. Esta razón determina la innecesariedad de su audiencia en el procedimiento, a modo de «tercero» que no es. Por otro, la propia extensión temporal de la prórroga concesional (más del doble del plazo inicialmente concedido), la prohibición expresa en el clausulado de una segunda prórroga (como era la presente) y la inexistencia de ejercicio de *ius variandi* a lo largo de la vigencia del título (ni hubo ruptura del equilibrio financiero ni se impusieron al concesionario medidas o condiciones que hicieran más gravoso el servicio) hacen que la pretendida prórroga sea, en realidad, una nueva adjudicación del título vencido el primitivo, sin sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia. El TS desestima así el recurso de casación y confirma la sentencia que declaró nulo, tras la pertinente declaración de lesividad, el acuerdo recurrido.

Por su parte, la **STSJ de Baleares de 17 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 589/2008, rechaza la inactividad de la Autoridad Portuaria en el supuesto de autos. La actividad inspectora de la Administración respecto del cumplimiento de las condiciones del clausulado concesional se realizó en este caso, concluyéndose en su observancia. Que la demandante hubiese preferido la incoación de un expediente sancionador a la concesionaria no supone, en ningún caso, la desatención de una actividad que la Administración está obligada a desempeñar y de la que resultan acreedoras una o varias personas determinadas.

G) Pesca marítima: interpretación de la normativa aplicable a las compensaciones por paradas técnicas de la actividad pesquera

En la línea de pronunciamientos mencionados en crónicas anteriores, la **SAN de 18 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso, recurso 853/2009, interpreta literal y sistemáticamente la Orden 260/2007, de 23 de julio, por la que se establecían ayudas compensatorias para los buques afectados por paradas técnicas de la actividad pesquera. Y como aquéllos, la Sala concluye en que la ausencia de detalle normativo acerca de la extensión temporal de los tres períodos en que los barcos que hayan participado en la campaña experimental pueden fraccionar dichas paradas impide establecer restricciones al respecto, a diferencia de los buques que no hayan intervenido en ellas, que no podrán computar como subvencionables los períodos de paralización inferiores a 10 días. Si la norma hubiese querido fijar los días correspondientes a cada uno de estos períodos o señalar su duración mínima lo habría hecho, al igual que lo hizo respecto de los barcos que no participaron en la citada pesca experimental.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) Alcance de la prescripción prevista en el artículo 68.1 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español sobre el 1% cultural del coste de las obras públicas a favor del Ayuntamiento

El surgimiento de la controversia que culmina con la **STS de 9 de febrero de 2011,** recurso 4655/2008, se localiza en la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada por el Ayuntamiento de la Algaba (Sevilla) al Ministerio de Cultura, a los efectos de que la Comisión Interministerial para la coordinación del 1% cultural acuerde aprobar la actuación del «Proyecto para edificación de Teatro y Sala Multifuncional», que se financiaría con cargo a las disponibilidades de dicho porcentaje ligadas a la obra pública «Autovía SE-40 Sevilla».

En la Sentencia, el TS puntualiza el alcance de ciertos aspectos prácticos de la prescripción prevista en el artículo 68.1 de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español. Este precepto —y, en concordancia con él, el artículo 58 del Real Decreto 111/1986—, recordamos, dispone que en el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, habrá de incluirse una partida económica equivalente, como mínimo, al 1% de los fondos que aporte el Estado a sufragar los costes de dicha obra con destino a hacer frente a los trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, que se emplearán con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno. Sobre la base de esta previsión legal el Ayuntamiento de la Algaba había procedido a presentar la solicitud indicada, que no habiéndose resuelto por el Ministerio, motiva la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional.

La Sala de instancia desestima el recurso del Ayuntamiento sevillano considerando que no cabe hablar de una inactividad de la Administración en relación a la pretensión por ellos formulada, por cuanto considera que en casos como el que tratamos, la Administración

únicamente está obligada a incluir una partida equivalente al 1% en los términos recogidos en dicho precepto, pero en ningún momento señala la norma que dicha partida haya de ser transferida o administrada por las Corporaciones locales. Es obvio que podría acordarse que ello fuera así, como en ocasiones ha podido hacer la Comisión Mixta, pero ello no es una obligación de la Administración, ni tampoco, por tanto, un derecho de los Ayuntamientos, por lo que no cabe considerar la pretensión de los actores de que sea declarado en su favor un derecho que legalmente no tienen reconocido, de modo que no cabe hablar de una inactividad de la Administración, no pudiendo, por tanto, considerarse aplicable al caso de autos lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Jurisdiccional.

Pues bien, el TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento sevillano de la Algaba retomado las consideraciones que ante un supuesto equiparable al expuesto había realizado en su Sentencia de 6 de mayo de 2009 (RC 5163/2009). En ella sentaba que, en efecto, del artículo 68 de la Ley del Patrimonio Histórico Español no se deriva un derecho subjetivo de los Ayuntamientos afectados por las obras públicas a percibir el 1% de los fondos que sean aportados para su financiación, ni de que éstos puedan aplicarse a cualquier tipo de obras, ya que habrán de serlo sólo a las que estén relacionadas con los bienes del Patrimonio Histórico Español o al fomento de la creatividad artística expresamente previstos en dicho precepto. No obstante, —razona el TS— la petición que se formuló por el Ayuntamiento recurrente no iba dirigida a que se le transfiriera dichos fondos ni a obtener su administración, sino a que se tuviera en cuenta su petición a los efectos de que fuera evaluada por la Comisión Mixta en el momento oportuno.

Así las cosas, examinado el expediente consta que esa solicitud fue presentada en tiempo y forma disponiendo el Ministerio de Fomento que sería incluida en la siguiente reunión de la Comisión, sin que conste que por este organismo en sus sucesivas reuniones se haya adoptado decisión positiva o negativa alguna al respecto, según se infiere de la serie de actas que aparecen en el expediente.

Y ante esta situación el Tribunal Supremo explica que la obligación de resolver, impuesta a la Administración por el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, le lleva a la estimación parcial del recurso, pues procede que la Comisión Mixta decida sobre la solicitud formulada, tanto sobre la legalidad del momento de su presentación, como, en su caso, sobre la aplicabilidad del 1% cultural a las obras solicitadas.

En consecuencia con lo razonado, declara haber lugar al recurso de casación y ordena la retroacción de las actuaciones con el objeto de que la Comisión Interministerial para la coordinación del uno por cien cultural dicte una resolución expresa sobre la referida solicitud.

B) El artículo 6.b) de la Ley 16/1985, referido a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración estatal o que formen parte del Patrimonio Nacional, no es un título atributivo de competencias a favor del Estado

La **STS de 16 de marzo de 2011,** recurso 2645/2009, resuelve un recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que fallaba acerca de la conformidad a Derecho de la Orden del

Departamento de Educación, Cultura y Deportes de la Diputación General de Aragón, por la que se completa la declaración originaria de Bien de Interés Cultural de la denominada «Ciudadela de Jaca» (Huesca).

La defensa del Estado hace girar toda su argumentación en torno a lo dispuesto en el artículo 6.b) de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, de acuerdo con el que los organismos del Estado serán competentes para la ejecución de la norma en relación, por lo que hace al caso de autos, con los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del patrimonio nacional. De lo anterior concluye que en la medida en que por Decreto de 28 de junio de 1951 se había declarado monumento histórico-artístico la Ciudadela de Jaca y que, actualmente, se trata de un bien de dominio público de titularidad del Ministerio de Defensa y afecto al Servicio Público de la Defensa Nacional, gestionado por la Subdirección General de Patrimonio y figurando en el inventario de bienes inmuebles afectados al Departamento, la Comunidad autónoma aragonesa se ha excedido de sus competencias al dictar la Orden por la que se completa la declaración originaria de esta Ciudadela como Bien de Interés Cultural.

Este razonamiento es rechazado por el Tribunal Supremo que sigue la línea argumental que ya había sentado en pronunciamientos anteriores como los recogidos en sus Sentencias de 6 de noviembre de 2007, recurso 5141/2002, 5 de octubre de 2008, recurso 294/2006 y 3 de diciembre de 2008, recurso 3373/2006.

De esta forma recuerda que la competencia para la declaración de un bien de interés cultural corresponde con carácter general a las Comunidades Autónomas en las que el bien radique, y éste forma parte de su patrimonio artístico, pues así lo ha permitido la Constitución Española vigente al disponer en su artículo 148.1.16 que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de Patrimonio Monumental de interés de la Comunidad Autónoma. En lo que hace a la Comunidad de Aragón, las competencias sobre esta materia fueron asumidas por ella en el artículo 35.1.33 de su Estatuto de Autonomía, a resultas de lo que dictó la Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, de la que es aplicación la Orden impugnada por el Estado que da origen a esta sentencia.

La cuestión esencial a resolver en este supuesto radica en determinar en qué medida la competencia en materia de defensa que corresponde al Estado puede limitar la competencia en materia de Patrimonio histórico de la Comunidad Autónoma a la hora de delimitar el entorno de un Bien de Interés Cultural como la Ciudadela de Jaca.

A este respecto, considera el TS que el que la Comunidad Autónoma de Aragón delimite el entorno de la Ciudadela de Jaca —al haber asumido competencias en la materia de Patrimonio Histórico— con las consecuencias que de esa decisión derivan, en nada afecta a la competencia del Estado que se reivindica en el recurso. Esto es, la declaración que sobre Ciudadela de Jaca hace la Comunidad Autónoma no compromete su servicio a la defensa nacional.

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se inscribe en el marco del denominado bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. De modo que en este supuesto es claro que la Comunidad Autónoma de Aragón poseía competencia exclusiva en el momento en que dictó la

Orden recurrida sobre el «patrimonio cultural, histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico de interés para la Comunidad Autónoma» de acuerdo con su Estatuto de Autonomía.

Todo lo anterior no supone que, excepcionalmente, posee el Estado competencia para efectuar esa declaración según la doctrina del Tribunal Constitucional interpretando el artículo 6.b) de la Ley 16/1985, Sentencia 17/1991, respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional. Pues como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, no cabe que el ejercicio de una competencia exclusiva por parte de la Comunidad Autónoma pueda impedir al Estado el ejercicio de otra competencia también exclusiva (por todas, STC 56/1986, FJ 3). Ahora bien, en este caso, se demuestra que la simple declaración del entorno protegido de la Ciudadela de Jaca para nada entorpece el servicio de la defensa nacional.

5. MINAS

A) No modifica la tipificación de una infracción por la extracción de áridos sin autorización oportuna en la zona de dominio público hidráulico la carencia de formal deslinde, pues este demanio lo es por ministerio de la Ley. La autorización para explotar un recurso minero de la Sección A) no excluye la obligación de obtener las demás autorizaciones y/o concesiones que con arreglo a las Leyes puedan necesitarse

La extracción de un volumen de 24.500 m^3 de áridos en zona de dominio público hidráulico y de 2.000 m^3 en la zona de policía del río Guadiana por parte de una empresa que no disponía de la autorización oportuna por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, fue la situación que dio lugar a la **STS de 21 de enero de 2011,** recurso 598/2008.

El Texto refundido de la Ley de Aguas de 2001 califica, en el artículo 116.3, apartados d) y e), como infracción administrativa la ejecución, sin la debida autorización administrativa, de obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso, así como la invasión, la ocupación o la extracción de áridos de los cauces, sin la correspondiente autorización.

La comisión de tales infracciones, según señala el artículo 117.1 de la citada Ley de Aguas, se calificará reglamentariamente de leve, menos grave, grave y muy grave, en atención a la repercusión que hayan tenido en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 317 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, la infracción cometida en el caso enjuiciado fue calificada de muy grave, atendido el importe de la valoración de los daños ocasionados al dominio público, que ascendió a 184.975 euros.

La cuestión nuclear que se suscita en el presente recurso contencioso-administrativo se centra en determinar si el lugar donde se produjo la extracción de áridos era, o no, zona de dominio público o zona de policía, como señala la resolución recurrida, pues esta circunstancia podía hacer cambiar la solución sancionadora.

Conviene precisar que la descripción del ilícito administrativo previsto en el apartado d) del artículo 116.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, se refiere a la realización de obras o trabajos en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso. Y lo cierto es que a tenor de lo dispuesto por el artículo 4 del citado Texto Refundido por cauce debemos entender el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias, y la zona de policía se extiende, *ex* artículo 6.1.b) del mismo texto legal, a 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen. De modo que la documentación que constaba en el expediente administrativo seguido en este caso, revela que la zona donde se realizó la extracción es una zona de dominio público y zona de policía por encontrarse dentro de tales contornos, a lo largo del río Guadiana.

El sancionado, plantea el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros que le impone la sanción y la obligación de indemnización por los daños causados al dominio público hidráulico, pretendiendo hacer valer que la extracción no había sido realizada en el demanio hidráulico, sino en una parcela propiedad del Ayuntamiento de Pueblo Nuevo del Guadiana, que no había sido deslindada.

El Tribunal Supremo recuerda que el que la zona no hubiera sido deslindada es una cuestión que no afecta al carácter demanial de los terrenos ni a la determinación de la zona de policía.

Tiene en cuenta que la calificación como bienes demaniales de los terrenos en los que se realiza la extracción no autorizada, se produce directamente por prescripción legal atendiendo a su propia naturaleza. Dicho en otros términos, se produce por ministerio de la ley siempre que se den las características naturales y se incluyan en las zonas descritas por la ley. El deslinde, en este sentido, tiene, por tanto, un carácter declarativo, al constatar las realidades geofísicas y geográficas previstas en la norma legal.

La solución contraria, razona el TS, llevaría a entender que en las zonas que no han sido deslindadas no pueden imponerse sanciones administrativas y, por tanto, puede hacerse una extracción indiscriminada de áridos en los cauces de los ríos o en la zona de policía.

Por otro lado, aducía la mercantil recurrente que la extracción que había realizado estaba incluida en la autorización que tenía para explotación de un recurso de la Sección A) de la Ley de Minas. Esta consideración no es acogida por el TS, pues aunque constaba en la documentación manejada que la recurrente aportaba con la demanda una autorización otorgada por la Consejería competente para explotar un recurso minero de la Sección A), no se acredita que se trate del mismo lugar donde se produjo la extracción sancionada y, en todo caso, esta autorización no excluía la obligación de obtener las demás autorizaciones y/o concesiones que con arreglo a las Leyes pudieran necesitarse, como ocurriría en el caso de autos de acuerdo con la legislación de aguas, de acuerdo con la que para realizar las extracciones citadas hubiese sido necesario contar con la autorización del organismo de cuenca territorialmente competente.

B) El plazo de tres meses de antelación a la espiración de su permiso que prevé el artículo 14.1.3 del Reglamento de la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 21 de junio de 1974 no ha de interpretarse de forma literal, sino que puede tener que ponderarse atendiendo a las circunstancias del caso

En la **STS de 14 de enero de 2011,** recurso 4298/2008, se sienta que no cabe interpretación literal del artículo 14.1.3 del Reglamento de la Ley sobre investigación y explotación de hidrocarburos. Este recurso de casación trae causa de la impugnación planteada por el Estado ante la sentencia puesta por la Sala de instancia que había anulado la resolución desestimatoria de la prórroga del Permiso de Investigación del que era titular la actora, en aplicación del artículo 14.1.3 del Reglamento de la Ley sobre investigación y explotación de hidrocarburos, del siguiente tenor literal: «El titular que desee obtener la primera prórroga, lo solicitará del Ministerio de Industria, mediante instancia presentada en el Registro mencionado en el artículo 70 de este Reglamento, con tres meses de antelación, al menos, a la de su espiración».

En el supuesto de autos, el permiso de investigación se había otorgado por Real Decreto 428/1998, de 12 de marzo. Su período de vigencia era de seis años, y finaba, por tanto, el 29 de marzo de 2004. La solicitud de prórroga fue presentada el 16 de febrero de 2004, esto es, un mes y 13 días antes del vencimiento del plazo de vigencia del permiso.

Como señalamos, la Abogacía del Estado considera que la anulación de la resolución administrativa que deniega la prórroga del permiso supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 14.1.3 del Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio, por cuanto la entidad recurrente solita la prórroga del permiso de investigación fuera del plazo establecido en el mencionado precepto reglamentario.

A juicio del Abogado del Estado, la Sala sentenciadora en la instancia inaplica el claro tenor literal de la norma que le obligaba y vinculaba y no se ajusta a sus previsiones, sin que sean atendibles las razones expuestas en la sentencia, puesto que no existe un plazo legal y otro real de vigencia del permiso que no sean coincidentes y tampoco menciona dicho precepto que las labores han de ejecutarse necesariamente durante el año posterior a la autorización del Plan que las contenga o que la vigencia del permiso se mantendrá hasta que concluyan tales labores.

El TS no acoge la argumentación de la Abogacía del Estado por cuanto considera que el artículo 14.1.3 del Reglamento de la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 21 de junio de 1974 se limita a disponer, sin más, y con independencia de otros factores, que la prórroga habrá de solicitarse con la mencionada antelación. Ahora bien el recurrente en casación se limita a insistir, sobre el tenor literal y formal de dicho precepto, que la solicitud de prórroga del permiso de investigación de hidrocarburos se había formulado de forma extemporánea, al haberse presentado con posterioridad a los tres meses previos a la expiración del permiso de investigación y su tesis no puede prosperar, pues parte de una interpretación excesivamente rigurosa y formalista del citado precepto, ajena a las vicisitudes e incidencias que tuvieron lugar durante la vigencia del permiso de investigación y omite las singulares circunstancias concurrentes en este caso.

Por contra, la Sala sentenciadora de instancia sí pondera, razonadamente, la circunstancia que tilda de relevante, cual es que el Plan de Labores para el sexto año de vigen-

cia, presentado en septiembre de 2003, no fue aprobado hasta el 28 de marzo de 2004. Y considera que tal actuación de la Administración implica que la expiración inicial del permiso de investigación —que, recordemos, finalizaba el 29 de marzo de 2004— quedaba materialmente aplazada hasta concluir la campaña sísmica complementaria autorizada. Por ello, concluye que carece de fundamento entender extemporánea la solicitud de prórroga del permiso de investigación formulada antes de tres meses del momento que, en realidad y materialmente, había de entenderse que finalizaría la vigencia del permiso.

No cabe censurar en la forma propuesta en el recurso la Sentencia dictada, pues el Tribunal parte de un concepto material y no formal del momento en que se producía la expiración del permiso de investigación, en el que toma en consideración el propio y previo comportamiento de la Administración ahora recurrente que con sus propios actos —la autorización de la campaña sísmica seis meses después de la solicitud— determinó *de facto* la extensión del plazo del permiso de investigación inicialmente previsto y que no cabía esgrimir a los efectos debatidos, esto es, de apreciar la extemporaneidad del escrito de solicitud de la prórroga.

En fin, el artículo invocado del Reglamento de la Ley de Hidrocarburo se limita a establecer de forma general el plazo de solicitud de la prórroga del permiso de investigación, y no cabe aceptar que no tenga, en su caso, que realizarse ponderación alguna para interpretarlo en atención a las peculiaridades concurrentes.

6. CARRETERAS

A) Valoración del suelo expropiado para la construcción de carreteras

En la **STS de 15 de marzo de 2011,** recurso 5706/2007, se vuelve a tratar una cuestión durante algún tiempo controvertida pero que parece haber quedado ya resuelta. Aborda la cuestión de la valoración que corresponde a los terrenos que puedan tenerse que expropiar para la ejecución de infraestructuras públicas supramunicipales, en este caso, integradas en el dominio público viario.

Recordemos que las SSTS de 29 de enero y 9 de mayo de 1994, reiterada en algunos otros pronunciamientos judiciales, estimaron que el suelo expropiado con la finalidad de ejecutar sistemas generales supramunicipales habría de valorarse como suelo urbanizable aunque en los instrumentos de planeamiento urbanístico apareciese clasificado como suelo no urbanizable. Cuando sentó esta doctrina el Tribunal Supremo pasaba por alto que las expropiaciones verificadas en orden a la obtención de terrenos para la ejecución de sistemas generales supramunicipales no responde a la categoría de expropiaciones urbanísticas y, por tanto, no descansan en idénticos principios. Pese a que esta doctrina jurisdiccional no fue absolutamente lineal, desencadenó un considerable revuelo así como una desproporcionada revalorización de suelos no urbanizables por medio de la aplicación indebida de principios urbanísticos.

La corrección de esta tesis interpretativa se acometió por vía legal, pues a través del artículo 104 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, se incluyó en el entonces vigente artículo 25 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, un párrafo

segundo específicamente referido a la valoración del suelo destinado a acoger infraestructuras y servicios públicos de interés general supramunicipal, bien autonómico bien estatal, que establecía que estos terrenos estuvieran o no incorporados al planeamiento urbanístico se valorarían atendiendo a la clase de suelo en que se ubicasen o por la que discurriesen y sólo cuando el planeamiento urbanístico los hubiese incluido en algún ámbito de gestión, a los efectos de su obtención a través de los mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas, se valorarían en función del aprovechamiento atribuido de dicho ámbito, de la forma prevista en esa Ley. Y ésta es la filosofía que actualmente se recoge en el artículo 21.2 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

Pues bien, la sentencia que se comenta sigue la moderna doctrina y recuerda que ya desde su resolución de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003/3076) el Tribunal Supremo procedió a enmendar la línea jurisprudencial a la que se ha aludido y que ya en diversos pronunciamientos —como en sus Sentencias de 28 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6991) o de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006/8842)— ha tenido ocasión de rectificarla acomodándose a la legislación mencionada.

En concreto en la sentencia que ahora se comenta declara el Tribunal que ninguna norma permite calificar un suelo a efectos expropiatorios como urbanizable, siquiera sea a efectos valorativos, por el simple hecho de ser expropiado para la construcción de una obra pública de interés general. Es por ello que sólo cuando, tratándose de vías interurbanas, ésta está integrada dentro del término municipal en la red viaria de interés del municipio y como tal clasificada en su Plan de Ordenación, ha de aplicarse el criterio de valoración como si de suelo urbanizable se tratara, mas tal calificación ha de excluirse en los demás supuestos en que una finca está calificada por el planeamiento del municipio en que radica como no urbanizable y en dicho planeamiento no se contempla la construcción de dicho vial como integrado en la red viaria de interés municipal. Este criterio argumental lo extrapola algo más allá y en esta sentencia razona el Tribunal que la simple calificación del suelo como incluido en la reserva de terrenos de posible adquisición para constitución o ampliación del patrimonio municipal del suelo, no refleja nada más que una simple posibilidad o expectativa pero mientras esa adquisición no se materialice constituye una mera eventualidad insuficiente para modificar, siquiera sea a efectos valorativos, la calificación del suelo.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) Hecho imponible

La **STS de 24 de enero de 2011** (NR 6366/2004), considera que en los casos de estado de necesidad, como las sequías extraordinarias, el Gobierno puede adoptar, para la superación de dichas situaciones, medidas como la de reducir caudales, si es preciso a cero, a los titulares del aprovechamiento, con la consiguiente reducción proporcional del *quantum* del canon de regulación. Por la misma razón, los que —como las poblaciones sedientas— pasen a ocupar o utilizar temporalmente el dominio público hidráulico deberán satisfacer

el canon por la distribución del agua en su favor. En suma, aunque no tuvieran título concesional, se han beneficiado de unas obras de regulación, por lo que sí concurre el hecho imponible y se hallan sujetos al pago del canon.

En la **SAN de 20 de diciembre de 2010** (NR 296/2009), la Sala hace suyo un informe de la Administración hídrica que explica las razones por las que a un determinado Ayuntamiento se le debían liquidar los cánones de regulación correspondientes a los nueve embalses que integran el Sistema de Regulación General. Estos embalses no tenían adscripción específica a ningún aprovechamiento, pero permitían mantener el equilibrio, sin afección a los derechos de terceros, mediante desembalses que contrarresten la retención y/o consumo que se realiza en un determinado afluente.

Se comenta también la **STSJ de Aragón de 10 de noviembre de 2010** (NR 421/2009), que desestima el recurso deducido por una comunidad de regantes que alegaba que la obra (dos embalses) no le producía beneficio. Decían los recurrentes que estando toda la zona regable en los márgenes del río (riegos ribereños) y trayendo siempre, incluso en sus peores épocas de estiaje, el caudal suficiente para suministrar el concedido, no precisaba para nada la regulación de los referidos embalses. Se rechaza esta argumentación, señalándole que el caudal del río debe cubrir no sólo las necesidades de la comunidad, sino las derivadas de concesiones y usos diversos a la misma. Guarda relación con este tema el asunto resuelto por la **STSJ de Murcia de 29 de noviembre de 2010** (NR 47/2006). Aunque el fallo fue estimatorio, por falta de motivación de la liquidación, la Sala refresca la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la sujeción al canon de regulación de los aprovechamientos efectuados por regadíos tradicionales, matizando los efectos del Decreto de 25 de abril de 1953. Este Decreto se encuentra vigente, incluso después de la Ley de Aguas de 1985, pero de su contenido no se deducen los efectos pretendidos por la recurrente.

La **STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 2010** (NR 1145/2008), aclara las consecuencias de la entrada en vigor de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que pasó a establecer que la tarifa de utilización de agua se exigiría a los beneficiarios de obras hidráulicas financiadas total o parcialmente a cargo del Estado. Se trataba de una obra cofinanciada entre la Confederación del Tajo y los Fondo de Cohesión, en la que su beneficiario único era el Canal de Isabel II, constando en un convenio suscrito entre las dos entidades que «dado el sistema de financiación previsto para las obras recogidas en esta Convenio, no será de aplicación lo establecido en el artículo 106.2 de la Ley de Aguas (...)». La Sala considera que esa cláusula ha de interpretarse de tal manera que guardaba todo su sentido cuando se firmó, momento en el que la exigencia de la tarifa se condicionaba a la financiación total con cargo al Estado. Pero, desde que la Ley flexibiliza esa exigencia (ejercicio 2000), la empresa autonómica sí queda sometida a la tarifa. En igual sentido, dos **SSTSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2010** (NR 1143 y 1144/2008).

b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

Las **SSAN de 24 de enero de 2011** (NR 411/2007) **y 14 de febrero de 2011** (NR 112/2008), contienen una información muy interesante acerca de los numerosos problemas que determinan los esquemas de cuantificación de cánones y tarifas. Habida cuenta de la poderosa

iniciativa de la parte recurrente, la Sala solicita informes técnicos que reproduce y que ayudan a entender los mecanismos internos de estas figuras. La **STSJ de Aragón de 20 de septiembre de 2010** (NR 300/2007), se encuentra ante un asunto idéntico.

Como ya hemos comentado en otros números de la Revista, es un tema de absoluta actualidad el de la posible derrama sobre los beneficiarios de las obras hidráulicas de la parte del coste de la obra financiada con fondos europeos. No hay jurisprudencia del Tribunal Supremo y los tribunales que están resolviendo lo están haciendo con criterios diversos. La Audiencia Nacional sigue la doctrina del TEAC y aprueba que se incluyan estas cantidades en las bases de los cánones y tarifas. *Cfr.* ahora la **SAN de 14 de febrero de 2011** (NR 172/2009). Criterio contrario sigue el TSJ de Madrid. Se comenta en este número una **STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2010** (NR 1079/2008), que puso de manifiesto que la inversión subvencionada por el FEDER no podía considerarse gasto del Estado, ya que ello determinaría un retorno al Estado de un importe superior al importe de la inversión efectuada por éste, estimando el recurso. El TSJ de Valencia también se pronuncia en el mismo sentido que el TSJ de Madrid [*cfr.* **STSJ de Valencia de 20 de octubre de 2010** (NR 1623/2008)].

El **TSJ de Extremadura**, mediante **Sentencia de 25 de noviembre de 2010** (NR 1630/2008), señala que puede acogerse alternativamente más de un criterio de reparto: el concreto caudal consumido o la superficie de riego. En la liquidación recurrida, el organismo de cuenca, ante el desconocimiento del concreto caudal de agua aprovechado, acoge el segundo sistema de determinación.

El **TSJ de Madrid**, en la **Sentencia de 25 de noviembre de 2010** (NR 1079/2008), examina las alegaciones de la actora, quejosa de que no se incluya a Iberdrola, como titular de un aprovechamiento hidroeléctrico, en el ámbito de la tarifa. La Confederación explica con precisión las razones por las que no resulta beneficiaria esta empresa de la obra sostenida con la tarifa, oponiendo otras de regulación por las que sí se le exige el canon. Esto enlaza con lo que ahora veremos respecto a las relaciones con el canon de pie de presa.

c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

Se siguen resolviendo recursos relativos al sometimiento a los cánones de regulación y tarifas de aquellos operadores obligados al pago, además, del llamado canon de pie de presa, adjudicatarios de la explotación hidroeléctrica de saltos de agua. La Audiencia Nacional mantiene su tesis de compatibilidad entre ambos pagos, vista en sentencias comentadas en números anteriores de esta revista. Es el caso de **SSAN** como las de fecha **29 de noviembre de 2010** (NR 166/2009); **7 de diciembre de 2010** (NR 165/2009); **24 de enero de 2011** (NR 411/2007); **7 de febrero de 2011** (NR 238/2009); **dos de 14 de febrero de 2011** (NR 452/2007 y 112/2008), **y** otra más de **7 de marzo de 2011** (NR 514/2009).

También falla a favor de la compatibilidad entre las dos figuras el **TSJ de Aragón**, mediante **Sentencia de 20 de septiembre de 2010** (NR 300/2007). Y el **TSJ de Valencia**, mediante **Sentencias de 20 de octubre de 2010** (NR 1376/2008) **y 22 de octubre de 2010** (NR 1375/2008). También otra del **TSJ de Valencia** también de fecha **22 de octubre de 2010** (NR 1277/2008), bien es cierto que consta un voto particular defendiendo lo contrario.

Se estima el recurso planteado en el caso de la **STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2010** (NR 1044/2008). No se sigue una línea distinta de la que presenta la Audiencia Nacional en cuanto al planteamiento teórico, pero considera que no se ha acreditado suficientemente el beneficio que genera la obra sobre la empresa hidroeléctrica, más cuando, habiendo obtenido la concesión en 1956, se le pretende empezar a cobrar 44 años después.

d) Imposición y ordenación

Uno de los asuntos que con más frecuencia plantean litigios es el de la fecha límite para aprobar los cánones y tarifas, con acusaciones frecuentes de retroactividad intolerable. La sentencia que se comenta señala que se ajusta a derecho la aprobación de los cánones y tarifas en el propio año de la campaña, dado que el artículo 114.7 del Texto Refundido de la Ley de Aguas establece que el organismo de cuenca aprobará y emitirá las liquidaciones reguladas en este artículo en el ejercicio al que correspondan. Es la **SAN de 14 de febrero de 2011** (NR 172/2009). Habiéndose aprobado en el ejercicio siguiente, sí se estimaría el recurso, con declaración de nulidad de las resoluciones recurridas, caso de dos **SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 8 de noviembre de 2010** (NR 440/2005 y 444/2005) **y** otra más **de 30 de diciembre de 2010** (NR 443/2005). *Cfr.* asimismo las **SSTSJ de Murcia de 27 de septiembre de 2010** (NR 692/2005) **y 25 de octubre de 2010** (NR 683/2005).

Como ya se ha comentado en alguna otra ocasión, el criterio del TSJ de Madrid es más restrictivo, considerando incorrecta la aprobación en el propio año de la campaña *[cfr.* **SSTSJ de Madrid de 28 de octubre** (NR 560/2008) **y 16 de diciembre de 2010** (NR 1289/2009)].

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas

La **STS de 3 de febrero de 2011** (NR 5325/2006), aborda diversas cuestiones relativas al control de precios que efectúan las Comunidades Autónomas en cuanto a las tasas locales y tarifas por suministro de agua. El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Mérida, por la desautorización que la Comunidad Autónoma de Extremadura había realizado respecto de las tarifas del agua. La razón que había empleado la comisión de precios, principalmente, era que la revisión se sustanciaba en un incremento muy superior al IPC, alcanzando en algunos casos el 25%. El Ayuntamiento había propuesto modificar las tarifas gravando más ciertos tramos de consumo o colectivos de usuarios para beneficiar a otros distintos (familias numerosas, bloques de consumo más bajos, consumo industrial), advirtiendo que no rebasaba el impacto global de los incrementos experimentados por los costes. Lo que rebate la comisión de precios, señalando que los mayores incrementos se establecen en el «no consumo» (o cuota fija) y en el consumo más bajo. El Tribunal Supremo señala que la corporación local debe respetar la política de precios señalada por el Gobierno, teniendo en cuenta que las tarifas propuestas trataban de justificar una subida muy superior «a la que es admisible de acuerdo con la legislación vigente», apelando al Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio. A pesar de que

el Alto Tribunal pretende dejar siempre a salvo la autonomía local, esto no deja de ser muy dudoso, teniendo en cuenta varias circunstancias, desde la falta de criterios explícitos de política de precios en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, a referencias legislativas quizá superadas, tanto por normativa nacional (Ley de Haciendas Locales, Ley de Aguas), como, sobre todo, por normativa europea, que exige cambios radicales en la política de precios del agua.

También se declara no haber lugar a la casación en el asunto resuelto por la **STS de 27 de diciembre de 2010** (NR 271/2007). En este caso la discrepancia operaba entre el Ayuntamiento de Córdoba y la Junta de Andalucía. Las tarifas propuestas preveían una bonificación para consumos domésticos inferiores a un determinado volumen y que los superiores a ese volumen habían de facturarse en su totalidad. Esta expresión «en su totalidad» es la que desautoriza la Comunidad Autónoma. Parece que la desestimación del recurso obedeció a razones procesales, dado que el Ayuntamiento había conseguido éxitos en otros procesos similares en los que el asunto de fondo era similar.

Se comentan dos **SSTSJ de Murcia de 12 y 19 de noviembre de 2010** (NR 26/2006 y 16/2006, respectivamente), que tratan también sobre la naturaleza del control de las comisiones de precios autonómicas respecto de la tasa municipal por abastecimiento domiciliario de agua. Según el TSJ «la propia naturaleza de la potestad tarifaria municipal sometida a autorización impone una comprobación autonómica, limitada pero racional y fijada sobre los elementos reglados ordenadores del ejercicio de la potestad tarifaria, que excede del simple cálculo por incremento de costes materiales o equilibrio financiero del sistema. Dentro de estos elementos no puede descartarse que la autorización se halle referida al control de ajuste a la Constitución Española de la tarifa propuesta, y que por ello sea susceptible de dirigirse un recurso contencioso contra la misma si se otorgara indebidamente sobre unas tarifas que infrinjan uno o unos preceptos constitucionales o incluso la legalidad vigente de forma manifiesta».

Finalmente, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 1 de octubre de 2010** (NR 135/2009), advierte, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que por el suministro de agua debe exigirse una tasa y no un precio, por mucho que se gestione bajo la modalidad concesionaria. Ello afecta al procedimiento de aprobación, en especial —dice la Sala— a la intervención autonómica autorizadora.

b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Cuantía de la tasa

Las dos **SSTSJ de Murcia de 12 y 19 de noviembre de 2010** (NR 26/2006 y 16/2006, respectivamente), vistas *supra* respecto de otra cuestión, tratan también de la cuantificación de la tasa. Los ayuntamientos habían introducido sistemas más modernos de cuantificación que buscaban acentuar la progresividad del tributo recayendo sobre los consumos excesivos. Sin embargo, el método no resultó ajustado a derecho al entender de la Sala. Dijo al respecto lo siguiente: «En este caso, al gravarse por la tarifa aprobada todo el consumo percibido por un usuario al precio señalado para el último escalón o bloque de la escala progresiva, podemos apreciar que se produce un efecto perturbador, de modo que si este último tramo es más gravoso porque alcanza un caudal que ya podría calificarse como excesivo o exagerado, resulta que toda y cada parte del consumo de agua del sujeto pasa

a constituirse en excesivo o suntuario, desde el primer vaso de agua que perciba el sujeto al inicio del ciclo de suministro, desde la más esencial e inevitable percepción de recursos para la satisfacción de las funciones básicas de las personas, hasta la final utilización que sí, ciertamente, ya no se usaría para usos fundamentales; visto ello, evidentemente, no resulta equitativo grabar íntegramente el uso como suntuario o excesivo. Si junto a lo anterior, tenemos en cuenta que a otros usuarios del servicio de suministro se les facturará en un momento dado, por consumos idénticos apreciados en tramos coincidentes, unas tarifas que serán apreciablemente inferiores, la Sala entiende que efectivamente se produce un tratamiento desigual de naturaleza discriminatoria por la tarifa municipal autorizada, que la CARM debiera haber apreciado, denegando la autorización otorgada, y que por ello debe ser declarada contraria al Ordenamiento Jurídico».

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de diciembre de 2010** (NR 27/2009), sitúa fuera del ámbito de la Ordenanza Fiscal por tasas de suministro de agua la cuestión del coste del enganche a la red, de importancia capital en el caso de viviendas diseminadas y que muchas veces se excede de lo que es estrictamente una obra pública. Se da la razón al Ayuntamiento que sin negar el derecho a la actora, le exigiría se hiciera cargo en su totalidad de los costes de dicho enganche.

C) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local en general

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de septiembre de 2010** (NR 1660/2010), anula una tasa por la utilización de caminos vecinales, establecida en orden a la protección de caminos rurales. Dice la Sala que se trata de un hecho imponible delimitado de modo marcadamente arbitrario y que sólo tiene la intención de someter a tributación una actividad concreta, cual es la de transporte de áridos. Ello es así porque excluye de tributación a los vehículos agrícola-ganaderos y para cumplir su función debería someterlos también a gravamen. La sentencia es muy crítica también con el informe económico-financiero presentado, aunque debería haber considerado que la hipotética tasa sería por utilización del dominio público y no por servicios o actividades, por lo que el informe no debiera dirigirse al balanceo de costes y rendimiento, sino al de utilidad o beneficio para los usuarios.

También es estimatorio el sentido de una **STSJ de La Rioja**, en cuanto a una tasa semejante (Sentencia **de 5 de octubre de 2010**, NR 526/2009). A diferencia de la Sala de Valladolid, que consideraba al menos posible esta tasa, la de Logroño dice que la utilización de estos caminos no puede conformar el hecho imponible de tasa alguna, sin concretar los caminos precisos y con un beneficiario indefinido. Sí apunta a que su mantenimiento podría sostenerse mediante contribuciones especiales.

Finalmente, la **STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 2010** (NR 773/2009), desestima la apelación y declara procedente una tasa por ocupación de la vía pública por vallados, consistiendo la obra en la construcción de un aparcamiento subterráneo y reurbanización de una plaza pública realizada al amparo de un Convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad solicitante de la licencia de obras y de ocupación (comunidad de propietarios de un aparcamiento). Señala el TSJ que la Administración municipal había

evitado gravar a los ejecutantes de la obra con costes fiscales que correspondían a la reurbanización del espacio público de la plaza, por lo que no hay ni enriquecimiento injustificado ni imposición abusiva o arbitraria.

b) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil

El TRLHL fija como alternativa para la cuantificación de las tasas por utilización del dominio público, que en principio vendría dada por el beneficio reportado al usuario del dominio público, el empleo de un porcentaje de los ingresos territorializados de la empresa.

Pero, insisto, ese sistema de cuantificación «especial sólo es posible cumpliendo los presupuestos legales» (se refiere a empresas suministradoras de servicios de interés general). La aplicabilidad de fórmulas de este tipo a los operadores de telefonía móvil es una cuestión controvertida, atendiendo sobre todo a la exclusión del sistema que formaliza la ley. El Tribunal Supremo había admitido que, en pura teoría, los operadores de telefonía móvil, quedasen sometidos a tasas por utilización del dominio público, aunque advertía que no les podía ser de aplicación el sistema especial de cuantificación al 1,5% de los ingresos, previsto para otras empresas suministradoras.

El caso es que, siguiendo los modelos de la FEMP, muchas Ordenanzas Fiscales aprueban tasas por utilización del dominio público sobre empresas de telefonía móvil, calculando su cuota en función de los ingresos en el territorio municipal de estas empresas, de manera que consiguen un efecto económico similar al que parece prohibido por el TRLHL. Lo cual estaba siendo discutido, empleándose argumentos de legalidad, de constitucionalidad y de Derecho comunitario.

En números anteriores de la Revista hemos comentado abundantes sentencias dictadas sobre este tema. El caso es que el **Tribunal Supremo**, mediante **Autos de 28 de octubre de 2010** (NR 4307/09); **29 de octubre de 2010** (NR 861/09), **y 3 de noviembre de 2010** (NR 4592/2009) ha promovido prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea efectuándole las siguientes cuestiones:

«1.ª ¿El artículo 13 de la Directiva 2002/20/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite exigir un canon por derechos de instalación de recursos sobre el dominio público municipal a las empresas operadoras que, sin ser titulares de la red, la usan para prestar servicios de telefonía móvil?

2.ª Para el caso de que se estime compatible la exacción con el mencionado artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE, las condiciones en las que el canon es exigido por la ordenanza local controvertida ¿satisfacen los requerimientos de objetividad, proporcionalidad y no discriminación que dicho precepto exige, así como la necesidad de garantizar el uso óptimo de los recursos concernidos?

3.ª ¿Cabe reconocer al repetido artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE efecto directo?».

La futura o futuras sentencias que se dicten serán fundamentales para resolver el enorme volumen de recursos deducidos.

ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

Sumario

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

   A) Evaluación de impacto ambiental. Aeropuertos cuya pista de despegue sea al menos de 2.100 metros de longitud. Concepto de construcción y renovación de la autorización de explotación del aeropuerto. Si no existe obra o intervención física, no puede hablarse de construcción a efectos de postular la realización de una evaluación de impacto ambiental.

   B) Evaluación de impacto ambiental. Recurso por incumplimiento contra Irlanda. Obligación de realizar una evaluación ambiental de los proyectos garantizando la evaluación de la interacción entre los factores que puedan resultar afectados directa o indirectamente. Puede haber autoridades distintas competentes en el ámbito de la evaluación, pero su actuación debe ser coordinada. Las obras de demolición están incluidas en el ámbito de la Directiva 85/337/CEE aun cuando no se nombren expresamente.

   C) Convenio de Aarhus sobre información ambiental, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. No tiene efecto directo el art. 9.3 del Convenio relativo al acceso a la justicia pero el órgano jurisdiccional interno tendrá que interpretar el régimen procesal de la legitimación de manera conforme a los objetivos de dicho precepto y a la finalidad de la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.

   D) Decisión prejudicial y concepto de «órgano jurisdiccional nacional». No es órgano jurisdiccional quien no tiene la capacidad de resolver un litigio entre partes. Exposición del público a los campos electromagnéticos (radiaciones no ionizantes) y principio de precaución (cautela).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

   A) Derecho de propiedad. Anulación de derechos de propiedad de terrenos calificados como dominio forestal. Inscripción de dichos terrenos en el Registro de Propiedad a nombre del Tesoro Público. Carácter legítimo de la afectación del derecho de propiedad con el fin de proteger el medio ambiente. Violación del derecho de propiedad como consecuencia de la ausencia de indemnización por la transferencia de la propiedad de los demandantes al Tesoro Público.

3. AGUAS MARÍTIMAS.

   A) Puertos: Evaluación Ambiental Estratégica de la modificación de un Plan de Utilización de Espacios Portuarios.

4. RESIDUOS.

A) La ampliación de la gestión de residuos autonómicos a la gestión de residuos de otras Comunidades Autónomas requiere sustanciarse como un procedimiento autorizatorio autónomo. El cómputo del plazo para el recurso de alzada ha de efectuarse desde la fecha de la publicación, con independencia del de la notificación personal anterior.

5. RADIACIÓN NO IONIZANTE.

A) La competencia estatal sobre radiocomunicaciones no excluye la del municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística y medioambiental.

6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y TRIBUTOS MEDIOAMBIENTALES.

A) No ha lugar a responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la liquidación de un impuesto ambiental que más tarde se declaró inconstitucional.

7. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

A) El informe de impacto ambiental no es un acto de trámite cuando se deniega su emisión poniendo fin al procedimiento.

8. MONTES.

A) La adopción de una declaración de prevalencia de unos parques eólicos sobre un monte vecinal en mano común ha de basarse no en declaraciones genéricas de utilidad pública y de efectos ambientales del proyecto, sino en un análisis concreto y particular de los efectos de cada instalación.

9. CARRETERAS.

A) Nulidad de pleno derecho de la aprobación de un proyecto de carretera por la omisión del trámite sustancial del art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, necesario en el caso por cuanto el proyecto afectaba a un lugar integrado por hábitats naturales y clasificado de Zona de Especial Protección de las Aves.

10. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) Tributos estatales en materia de aguas.

a) Canon de control de vertido: cuantificación.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

a) Constitucionalidad de los tributos.

C) Impuestos sobre la energía.

a) Impuesto sobre hidrocarburos.

D) Impuestos sobre el transporte.

a) Impuesto sobre determinados medios de transporte.

E) Tributos sobre residuos.

a) Tasas municipales por recogida de basuras.

F) Fiscalidad sobre la actividad nuclear.

a) Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha.

G) Otros impuestos autonómicos ambientales.

a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.
b) Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha.

H) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios.

a) Impuesto sobre Sociedades.

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Evaluación de impacto ambiental. Aeropuertos cuya pista de despegue sea al menos de 2.100 metros de longitud. Concepto de construcción y renovación de la autorización de explotación del aeropuerto. Si no existe obra o intervención física, no puede hablarse de construcción a efectos de postular la realización de una evaluación de impacto ambiental

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 17 de marzo de 2011, recaída en el asunto C-275/09,** resuelve una decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el *Raad van Staate* (Bélgica) en un procedimiento que se desarrolla entre la Región de Bruselas-Capital y distintas personas físicas y jurídicas, por un lado, y la Región flamenca por otro, y en el que interviene también The Brussels Airport Company NV. La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del punto 7, letra a), del anexo I de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

El punto 7, letra a), del anexo I sujeta a la evaluación de impacto ambiental a la «construcción ... de aeropuertos cuya pista básica de aterrizaje sea de al menos 2.100 metros de longitud». Pues bien, el aeropuerto de Bruselas-Nacional, situado en la región flamenca, dispone de tres pistas de despegue y aterrizaje de más de 2.100 metros de longitud; existe desde hace varias décadas pero su explotación sólo está sujeta a la concesión de una autorización medioambiental desde el año 1999. La primera autorización medioambiental fue concedida el 1 de enero de 2000 por cinco años y ha sido modificada posteriormente tres veces para reducir el nivel total de ruido. En ningún caso esas intervenciones han sido objeto de evaluación de impacto ambiental.

El 5 de enero de 2004, The Brussels Airport Company NV presentó una solicitud de autorización medioambiental para continuar con la explotación del aeropuerto y una modificación relativa a la adición de parcelas. El 8 de julio de 2004, la Diputación Permanente del Consejo Provincial del Brabante (flamenco) concedió la autorización de explotación solicitada pero desestimó la solicitud de ampliación. Indicó también que no era necesaria la evaluación de impacto ambiental. Este hecho fue objeto de recurso por distintas personas en vía administrativa, confirmando el 30 de diciembre de 2004 el Ministro flamenco de Obras Públicas, Energía, Medioambiente y Naturaleza, la decisión de la Diputación Permanente. Entonces los recurrentes (entre ellos la Región de Bruselas) interpusieron un recurso contencioso-administrativo ante el *Raad van Staate* indicando que la concesión de la autorización medioambiental estaba sometida a una evaluación de impacto ambiental. El *Raad van Staate* suspendió el procedimiento para plantear distintas preguntas al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia indica que la clave es responder a la pregunta de si la explotación de un aeropuerto puede considerarse un «proyecto» en el sentido del art. 1.2 de la Directiva 85/337/CEE y, a continuación, si dicho proyecto se incluye entre los enumerados en los anexos I y II de dicha Directiva.

Para ello y con arreglo a su jurisprudencia anterior (Sentencia de 28 de febrero de 2008, Abraham y otros) indica que el término «proyecto» hace referencia a obras o a intervenciones físicas. Está descartado que eso no se va a producir en el aeropuerto de Bruselas; sin embargo, los litigantes han alegado que el concepto de intervención física debe ser entendido en el sentido de «cualquier intervención en el medio natural», recordando la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2004 sobre la recogida mecánica del berberecho (comentada en esta Revista), en la que sí se afirmó tal obligación de evaluación. El Tribunal, sin embargo, se niega a esta interpretación extensiva indicando que la recogida del berberecho es comparable a la «explotación de los recursos del suelo», actividad que sí está mencionada en el art. 1.2 de la Directiva 85/337/CEE dado que conlleva auténticas modificaciones físicas de los fondos marinos.

En conclusión, la renovación de una autorización existente para explotar un aeropuerto, no puede ser calificada como «proyecto» en el sentido del art. 1 de la Directiva mencionada (punto 24 de la Sentencia comentada). Se insiste, por ello, en que el término construcción «no presenta ambigüedad alguna y debe ser entendido en su sentido usual, es decir, como referido a la realización de obras antes inexistentes o a la modificación, en el sentido físico, de obras ya existentes» (punto 26 de la Sentencia comentada). Luego si no hay obras ni intervenciones, la renovación de una autorización para explotar un aeropuerto no puede ser considerada como «construcción» en el sentido del punto 7, letra a), del anexo I de la Directiva 85/337 (punto 30 de la Sentencia comentada).

Cuestión distinta, indica el Tribunal, sería que, según el derecho nacional aplicable, una autorización como la mencionada en el caso pudiera ser considerada como una etapa de un procedimiento de autorización con varias etapas que persigue, a su conclusión, la realización de actividades que constituyan un proyecto de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Directiva 85/337 (punto 34 de la Sentencia comentada). Si así fuera, el Tribunal interno debería tenerlo en cuenta a efectos del sometimiento a las exigencias de la Directiva.

B) Evaluación de impacto ambiental. Recurso por incumplimiento contra Irlanda. Obligación de realizar una evaluación ambiental de los proyectos garantizando la evaluación de la interacción entre los factores que puedan resultar afectados directa o indirectamente. Puede haber autoridades distintas competentes en el ámbito de la evaluación, pero su actuación debe ser coordinada. Las obras de demolición están incluidas en el ámbito de la Directiva 85/337/CEE aun cuando no se nombren expresamente

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 3 de marzo de 2011, recaída en el asunto C-50/09, Comisión/Irlanda,** adopta distintas decisiones en relación a una normativa irlandesa que en algunos puntos se juzga que no respeta suficientemente lo preceptuado en la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

Uno de los reproches que se realizan por la Comisión es que el derecho irlandés no respeta lo preceptuado en el art. 3 de la Directiva. En ese sentido es muy importante la consideración que el Tribunal de Justicia tiene del art. 3 de la Directiva cuyo contenido, dice, es separable de las obligaciones (que se juzgan como procedimentales) y que aparecen en los arts. 4-11 de la misma Directiva. En ese sentido parece del mayor interés reproducir la opinión del Tribunal sobre el conjunto de esos preceptos.

> «37. Para cumplir con la obligación que dicho art. 3 le impone, la autoridad medioambiental competente no podrá limitarse a identificar y a describir los efectos directos e indirectos del proyecto en determinados factores, sino que además deberá evaluarlos de forma apropiada, en función de cada caso particular.
>
> 38. Esta obligación de evaluación se distingue de las obligaciones enunciadas en los arts. 4 a 7, 10 y 11 de la Directiva 85/337 que son, en lo esencial, obligaciones de recogida e intercambio de información, consulta, publicidad y garantía de que exista un recurso judicial. Se trata de disposiciones de naturaleza procedimental, que se refieren únicamente a la ejecución de la obligación sustancial prevista en el art. 3 de esta Directiva.
>
> 39. Es preciso reconocer que el art. 8 de la misma Directiva dispone que los resultados de las consultas y la información recogida en virtud de los arts. 5 a 7 de la misma deberán tomarse en consideración en el procedimiento de autorización de desarrollo del proyecto.
>
> 40. Sin embargo, no se puede confundir esta obligación de tomar en consideración, al final del proceso decisorio, los datos recogidos por la autoridad medioambiental competente con la obligación de evaluación prescrita en el art. 3 de la Directiva 85/337. En efecto, esta evaluación, que se debe realizar al inicio del proceso decisorio ... conlleva un examen a fondo de la información recogida y una reflexión sobre la oportunidad de completarla, en su caso, con datos adicionales. En consecuencia, esta autoridad medioambiental competente debe entregarse a un trabajo tanto de investigación como de análisis para llegar a una apreciación lo más completa posible de los efectos directos e indirectos del proyecto de que se trata en los factores enumerados en los tres primeros guiones de dicho art. 3 y de la interacción entre ellos.
>
> 41. Por consiguiente, se deduce tanto del tenor de las disposiciones controvertidas de dicha Directiva como de la estructura general de la misma, que su art. 3 es una disposición

> fundamental. No se puede considerar que la mera adaptación del Derecho interno a los arts. 4 a 11 de dicha Directiva suponga una adaptación automática del Derecho interno a dicho artículo 3».

De forma consiguiente con esta doctrina, se decidirá que las normas irlandesas controvertidas no respetan el art. 3 del derecho comunitario.

Otra cuestión versa sobre la pluralidad de autoridades que según el derecho irlandés pueden tener responsabilidades en este tema. Las autoridades de la ordenación del territorio, por un lado, y una Agencia Medioambiental, por otro. La Comisión no se opone a que haya dos autoridades distintas aun cuando «dicha opción estará condicionada a que las competencias respectivas de estas autoridades y las normas que regulen su ejecución garanticen que se realiza una evaluación del impacto ambiental completa y en plazo, a saber, antes de que se conceda la autorización en el sentido de dicha Directiva» (punto 77 de la Sentencia comentada). Con este presupuesto, el Tribunal «considera no adecuado el derecho irlandés puesto que puede dar lugar a que la Agencia se pronuncie sola y sin evaluación de impacto ambiental, en un proyecto en cuestiones ligadas a la contaminación» (punto 84 de la Sentencia comentada).

Finalmente, y en relación a otro punto controvertido del derecho irlandés, el Tribunal de Justicia indica que las obras de demolición están incluidas en los anexos de la Directiva 85/337 aun cuando no se nombren expresamente puesto que «estos anexos se refieren más bien a categorías sectoriales de proyectos, sin describir la naturaleza concreta de las obras previstas ... de ello se deduce que las obras de demolición están incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva y, por ello, pueden constituir un "proyecto" en el sentido del art., apartado 2 de la misma» (puntos 100 y 101 de la Sentencia comentada). Consiguientemente, también se declara en este punto el derecho irlandés contrario a la normativa comunitaria.

C) Convenio de Aarhus sobre información ambiental, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. No tiene efecto directo el art. 9.3 del Convenio relativo al acceso a la justicia pero el órgano jurisdiccional interno tendrá que interpretar el régimen procesal de la legitimación de manera conforme a los objetivos de dicho precepto y a la finalidad de la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de marzo de 2011, recaída en el asunto C-240/09,** resuelve una decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el *Najvyssi sud Slovenskej republiky* (Eslovaquia) en un litigio que se desarrolla entre una asociación medioambiental de ese país y el Ministerio de Medio Ambiente de Eslovaquia y versa sobre la interpretación del art. 9, apartado 3, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, celebrado en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005 (en lo sucesivo «Convenio de Aarhus»).

El art. 9.3 dice de la siguiente forma: «Además, sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que se refieren los apartados 1 y 2 precedentes, cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional».

Pues bien, una asociación medioambiental eslovaca ha pedido al Ministerio personarse como parte en unos procedimientos administrativos incoados a iniciativa de asociaciones de cazadores y otras personas relativos a la concesión de excepciones al régimen de protección de especies como el oso pardo, al acceso a los espacios naturales protegidos y a la utilización de productos químicos en tales zonas. El Ministerio ha denegado esta petición de personación por lo que la asociación ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo ante un tribunal eslovaco y éste ha suspendido el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia diversas cuestiones en relación al posible efecto directo del art. 9.3 del Convenio antes reproducido. Fundamentalmente se pregunta si el derecho de la Unión concede legitimación activa a los particulares y, concretamente a las asociaciones protectoras del medio ambiente, para impugnar una decisión que establece excepciones a un régimen de protección del medio ambiente como el instaurado por la Directiva sobre los «hábitats» a favor de una especie que figura en el anexo IV de ésta, a la luz de las disposiciones del art. 9.3 sobre cuyo efecto directo alberga dudas el órgano jurisdiccional.

El Tribunal comienza su respuesta recordando que el Convenio de Aarhus fue firmado por la Comunidad y posteriormente aprobado mediante la Decisión 2005/370. Por tanto y según reiterada jurisprudencia, dicho Convenio forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión y el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de dicho Convenio. En concreto hay que determinar si en el ámbito del art. 9.3 la Unión ha ejercitado sus competencias y adoptado disposiciones para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de éste; si no es así, las obligaciones dimanadas de dicho precepto seguirán sometidas al derecho nacional.

Se sienta, entonces, una afirmación importante: una cuestión concreta que aún no ha sido regulada por una normativa de la Unión (como es el caso) incumbe al Derecho de la Unión cuando tal cuestión se regula en acuerdos celebrados por la Unión y por sus Estados miembros y se refiere a un ámbito cubierto por ese derecho, como es la Directiva hábitats (puntos 36 y 37 de la sentencia comentada). De ello se infiere que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones del art. 9.3 del Convenio de Aarhus y, en particular, para pronunciarse sobre si éstas tienen o no efecto directo (punto 43 de la Sentencia).

Se indicará, entonces, que una disposición de un acuerdo celebrado por la Unión y sus Estados miembros con Estados terceros tiene efecto directo cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (punto 44 de la Sentencia comentada). En esos términos las disposiciones del art. 9.3 no contienen ninguna obligación clara y precisa que determine directamente la situación jurídica de los particulares por lo que no tienen efecto directo por lo que, en realidad, todo se subordina a la adopción de un acto nacional ulterior (punto 45). Es el derecho interno, entonces, el que debe configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables teniendo los

Estados miembros la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de estos derechos. Por todo ello es inconcebible interpretar, sin poner en cuestión la protección efectiva del derecho medioambiental de la Unión, las disposiciones del art. 9.3 del Convenio de Aarhus de modo que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (puntos 47-49 de la Sentencia comentada).

En conclusión, es el órgano jurisdiccional remitente el que deberá interpretar, en la medida de lo posible, el régimen procesal de los requisitos necesarios para interponer un recurso administrativo o judicial de manera conforme tanto a los objetivos del art. 9.3 del Convenio de Aarhus como al objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de permitir a una organización de defensa del medio ambiente, impugnar ante los tribunales una decisión adoptada mediante un procedimiento administrativo que pudiera ser contrario al derecho medioambiental de la Unión (punto 51).

D) Decisión prejudicial y concepto de «órgano jurisdiccional nacional». No es órgano jurisdiccional quien no tiene la capacidad de resolver un litigio entre partes. Exposición del público a los campos electromagnéticos (radiaciones no ionizantes) y principio de precaución (cautela)

El Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 24 de marzo de 2011, recaído en el asunto C-344/09, tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por el Mora común, *Miljö- och hälsoskyddsnämnden* (Suecia) sobre interpretación de la Recomendación 1999/519/CE del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativa a la exposición del público general a campos electromagnéticos. Esta petición fue planteada por el órgano indicado (Comisión de protección del medio ambiente y de la salud del Ayuntamiento de Mora) después de que el sr. Bengtsson se dirigiera a ella para que se redujera el nivel de las radiaciones no ionizantes emitidas por las estaciones base de los operadores de telefonía móvil instaladas cerca de su domicilio. El señor citado afirmaba que sufría graves problemas de salud debido a la exposición a las radiaciones no ionizantes emitidas por las estaciones base de telecomunicaciones y de transmisión inalámbrica de datos instaladas cerca de su domicilio y solicitaba la aplicación del principio de precaución (cautela) y que se ordenaran medidas con el fin de reducir la exposición de su domicilio a dichas radiaciones.

La cuestión planteada se va a resolver mediante Auto en cuanto que se va a negar el carácter de órgano judicial al planteante de la cuestión prejudicial. Se va a decir, así, que es un órgano administrativo que ejerce funciones administrativas. Así, su resolución resolverá una petición de este señor, pero será un pronunciamiento por primera vez en un asunto, por lo que estamos ante cuestiones administrativas según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No existirá un «litigio» entre partes, cuya resolución es la característica típica de un órgano jurisdiccional, único capacitado para plantear la cuestión prejudicial, por ello no podía plantear la cuestión y, consiguientemente, el Tribunal de Justicia es incompetente para resolverla, por lo que se resuelve mediante Auto.

Recogemos este auto, sin embargo, porque en nuestro conocimiento es la primera vez que llega ante el Tribunal de Justicia una cuestión relativa a los posibles perjuicios para la salud derivados de las radiaciones no ionizantes y a la aplicación, en torno a éstas, del prin-

cipio de precaución. Aun cuando no haya existido un pronunciamiento sobre la cuestión, tiene interés el señalar la primera vez que ello sucede y que, de seguro, no será la última pudiendo predecirse que cuestiones relativas al fondo de la cuestión serán tratadas sin duda por el Tribunal en ocasiones futuras.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho de propiedad. Anulación de derechos de propiedad de terrenos calificados como dominio forestal. Inscripción de dichos terrenos en el Registro de Propiedad a nombre del Tesoro Público. Carácter legítimo de la afectación del derecho de propiedad con el fin de proteger el medio ambiente. Violación del derecho de propiedad como consecuencia de la ausencia de indemnización por la transferencia de la propiedad de los demandantes al Tesoro Público

Las **SSTEDH de 15 de febrero de 2011, en el asunto Zeki Simsek contra Turquía**, **y de 29 de marzo de 2011, en el asunto Kar contra Turquía**, resuelven sendas demandas planteadas por ciudadanos de ese Estado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación de su derecho de propiedad, contemplado en el art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio. En ambos asuntos se trata de terrenos inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandantes pero en relación con los cuales el Tesoro Público planteaba acciones de anulación de dichos derechos de propiedad así como de inscripción de los terrenos a su nombre. Los tribunales nacionales concluían en ambos casos que los terrenos en litigio formaban parte del dominio forestal, por lo que daban la razón al Tesoro Público, inscribiendo dichos terrenos a su nombre en el Registro de la Propiedad.

El Tribunal, tras rechazar en ambos casos las excepciones de inadmisibilidad planteadas por el Gobierno turco, se pronuncia sobre el fondo en el sentido de considerar que la afectación del derecho de propiedad de los demandantes perseguía un fin legítimo, la protección del medio ambiente, y era proporcionada al mismo. No obstante, añade, haciendo referencia a una amplia jurisprudencia relativa a la misma cuestión y en relación con el mismo Estado, que la ausencia de indemnización por la transferencia de la propiedad de los demandantes al Tesoro Público comporta la violación del art. 1 del Protocolo núm. 1. Por todo ello condena, en el primer asunto, a Turquía al pago al demandante de 35.000 euros por el daño material, a entregar en un plazo de tres meses a contar desde el día en que la sentencia sea definitiva conforme al art. 44.2 del Convenio. En el segundo asunto, el Tribunal se reserva la cuestión de la indemnización, conforme al art. 41 del Convenio, ante un eventual acuerdo entre las Partes.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Puertos: Evaluación Ambiental Estratégica de la modificación de un Plan de Utilización de Espacios Portuarios

Como señala el art. 3 de la Ley 9/2006, de evaluación de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente, deberán someterse a evaluación ambiental

estratégica los planes y programas —así como sus modificaciones— que se elaboren o aprueben por una Administración pública en repuesta a una exigencia legal, reglamentaria o ejecutiva y que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, en los términos del apartado 2 del precepto (sean marco de futuros proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental en determinadas materias —entre ellas la ocupación del dominio público marítimo-terrestre—, requieran evaluación conforme a la normativa reguladora de la Red Ecológica Europea Natura 2000). A juicio de la **SAN de 17 de enero de 2011,** Sala de lo Contencioso (recurso 362/2008), la modificación de un Plan de Utilización de Espacios Portuarios debería haberse sujetado a este control ambiental previo, toda vez que encaja en los requisitos subjetivos y objetivos descritos: es aprobado por la Administración en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Puertos del Estado, y comprende un elenco importante de actuaciones obligatoriamente sometidas a evaluación de impacto ambiental. La ausencia de dicha fiscalización determina la estimación del recurso presentado.

4. RESIDUOS

A) La ampliación de la gestión de residuos autonómicos a la gestión de residuos de otras Comunidades Autónomas requiere sustanciarse como un procedimiento autorizatorio autónomo. El cómputo del plazo para el recurso de alzada ha de efectuarse desde la fecha de la publicación, con independencia del de la notificación personal anterior

En la **STS de 7 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 599/2007), se resuelve un recurso de casación interpuesto por EURORESIDUOS, SA, contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2006.

El 21 de junio de 1995, el Director General de Calidad, Evaluación, Planificación y Educación Ambiental autorizó a EURORESIDUOS, SA para gestionar residuos peligrosos generados en otras Comunidades Autónomas con ciertas condiciones técnicas. Posteriormente, la empresa recurrente solicitó gestionar, no sólo residuos industriales producidos en la Comunidad Autónoma de Aragón, sino también residuos procedentes de otras Comunidades Autónomas. El 30 de julio de 2002, la Comisión Provincial del Territorio de Zaragoza revocó las citadas condiciones técnicas procediendo a una nueva redacción que incluía la gestión de dichos residuos de otras CCAA, y contra dicho acuerdo se interpusieron varios recursos de alzada que fueron estimados mediante la Resolución del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte del Gobierno de Aragón de 16 de enero de 2003.

El TSJ de Aragón desestimó un primer recurso contra esta Resolución indicando sobre el fondo del asunto que la Resolución de la Comisión Provincial del Territorio no era ajustada a derecho por haberse debido seguir un nuevo procedimiento autorizatorio conforme a los arts. 25 y siguientes de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística de Aragón, y no una mera modificación o ampliación de la autorización inicial, ya que el objeto era cuantitativamente y cualitativamente distinto: residuos procedentes de otras Comunidades Autónomas.

En su recurso de casación contra dicha Sentencia, la recurrente alega que varios de los recursos de alzada planteados contra la revocación de prescripciones fueron extemporáneos. El TS deniega esta pretensión citando jurisprudencia reiterada que indica que el

plazo para impugnar ha de computarse desde la publicación en Boletín Oficial, en caso de que ésta sobrevenga a la notificación del acto (por ejemplo, STS de 25 de junio de 2008). Con esos plazos, los recursos no eran extemporáneos (FJ 2).

También alega la recurrente que los recursos de alzada fueron estimados por razones no alegadas ni debatidas, como es el no seguimiento del procedimiento autorizatorio establecido. El TS indica que la ausencia de procedimiento sí fue alegada y lo único que faltaba era especificar el precepto concreto (FJ 4).

Finalmente, el TS desestima el recurso de casación imponiendo las costas a la recurrente, conforme al art. 139.2 de la LJCA, y limitando su importe a la cifra de 2.000 euros.

5. RADIACIÓN NO IONIZANTE

A) La competencia estatal sobre radiocomunicaciones no excluye la del municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística y medioambiental

En la **STS de 22 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (recurso 4212/2008), se resuelve un recurso de casación interpuesto por TELEFÓNICA SERVICIOS MÓVILES, SA contra la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 27 de noviembre de 2007, que estimaba parcialmente un anterior recurso contra la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones e Infraestructuras de radiocomunicación en el término municipal de Valladolid de 2005.

La Sentencia de instancia había declarado la nulidad del apartado 15 del art. 4.2 de la citada Ordenanza, que ordenaba la acreditación por parte del operador de telefonía móvil de estar en posesión de póliza de seguro de responsabilidad civil de cuantía suficiente para cubrir todos los riesgos y daños derivados de la instalación. El resto de pretensiones de nulidad de la Ordenanza fueron desestimadas.

En su recurso de casación, TELEFÓNICA alega arbitrariedad en la valoración, por parte de la sentencia de instancia, de un informe acreditando la seria dificultad de presentar un Plan de Implantación. Alega también que las entidades locales carecen de competencia en materia de telecomunicaciones debido al principio de jerarquía normativa, que llevaría a la aplicación de la LGTel, por lo que no pueden exigir la presentación de un Plan de Implantación ni otras limitaciones (FJ 2).

El TS reitera su asentada jurisprudencia al respecto, citando las SSTS de 15 de diciembre de 2003 y de julio de 2006, indicando que «la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales». Y también que «El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas» (FJ 3).

Y entrando a analizar los motivos de casación, el TS recuerda que la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional está limitada (STS de 23 de febrero de 2010), pero que uno de los supuestos en que es posible es cuando su valoración haya sido ilógica, irracional, absurda o arbitraria. En el caso particular, se valoró que el informe pericial presentado por Telefónica no determinaba la imposibilidad de elaboración del Plan de Implantación, sino que se pronunciaba sobre las expectativas a corto plazo de éste y lo incierto de su contenido. Por ello, el TS desestima dicho motivo de casación (FJ 4).

Respecto al segundo motivo, el TS recuerda que se trata de una cuestión ya resuelta en la jurisprudencia, indicando que el Plan de Implantación se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Todo ello se haya estrechamente relacionado con la protección de los intereses municipales, por lo que la exigencia de una planificación no resulta desproporcionada (FJ 5).

Respecto a las otras limitaciones a la implantación de antenas que regula la Ordenanza de Valladolid y que son contestadas por TELEFÓNICA en su recurso de casación, tales como la minimización del impacto visual y el control de la densidad de antenas en el ecosistema urbano, el TS recuerda que se corresponden también con el ejercicio de competencias municipales y que la jurisprudencia viene estimándolas conformes a derecho. Cita al respecto la STS de 27 de abril de 2010, donde se acredita el carácter abierto del riesgo electromagnético y la posibilidad para los municipios de endurecer los valores límite que el Estado ha fijado para las emisiones electromagnéticas, y la STS de 15 de junio de 2010, donde se acredita la posibilidad de que los municipios controlen el impacto visual de las antenas (FJ 6).

Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación e impone las costas a TELEFÓNICA por la cuantía máxima de 3.000 euros (FJ 7).

Un caso prácticamente idéntico es el de la **STS de 15 de marzo de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (recurso 4903/2007), donde se resuelve un recurso de casación interpuesto esta vez por VODAFONE ESPAÑA, SA, contra la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2007, que estimaba parcialmente un anterior recurso contra la Ordenanza Municipal sobre Instalaciones e Infraestructuras de Radiocomunicación de Valladolid, pero esta vez contra la Ordenanza de 2002.

La Sentencia de Instancia anuló similares preceptos relativos a la exigencia de póliza de seguro de responsabilidad civil con cobertura total sobre daños a personas y cosas y renovación anual y otro que regulaba una autorización expresa municipal para la implantación de infraestructuras de radiocomunicaciones.

La recurrente planteaba su recurso de casación sobre artículos muy similares a aquellos de la Ordenanza de 2005 que ya han sido comentados en la anterior sentencia: limitación a la densidad y reglas relativas a distancia mínima entre antenas y edificios. La solución que aporta el TS también es la misma: la desestimación del recurso por estar legitimado el municipio para imponer dichas restricciones (FJ 4). No se imponen costas al no haber comparecido en concepto de parte recurrida la Administración que intervino como demandada en la instancia.

6. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR Y TRIBUTOS MEDIOAMBIENTALES

A) No ha lugar a responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la liquidación de un impuesto ambiental que más tarde se declaró inconstitucional

En la **STS de 25 de febrero de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 4367/2006), se resuelve un recurso de casación interpuesto por Repsol Butano SA, contra la Sentencia del TSJ de Baleares de 31 de mayo de 2006, que desestimaba una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con una liquidación practicada por el Impuesto sobre las Instalaciones que inciden en el medio ambiente.

La recurrente alega que se dan los requisitos para que exista responsabilidad patrimonial legislativa, ya que el daño existe y está individualizado (134.188.421 pesetas de liquidación) y es antijurídico, puesto que la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, que preveía dicho impuesto, fue posteriormente declarada inconstitucional y nula. Esto supondría infracción de los arts. 106 CE y 139 de la Ley 30/1992, así como del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE (FJ 2).

El TS comienza por recordar su jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial del legislador (aceptada por primera vez en la STS de 29 de febrero de 2000), reconociendo que el hecho de que un acto sea firme (como la liquidación de impuestos en este caso), no tiene por qué impedir el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador.

Sin embargo, indica que en este caso el TC, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Balear 12/1991 en su STC 289/2000, de 30 de noviembre, se pronunció también sobre el alcance de su decisión, indicando en su FJ 11 que «únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme». Por tanto, no podía fundamentarse una pretensión de restitución en un pago hecho en virtud de una liquidación acordada por la Administración (FJ 3).

El TS recuerda que sólo puede reconocer responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de ausencia de pronunciamiento del TC (STS de 18 de septiembre de 2003), y que aquí éste dejó claro que la responsabilidad quedaba limitada a liquidaciones no firmes. Por lo tanto, desestima el recurso de casación, confirmando la Sentencia recurrida.

7. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) El informe de impacto ambiental no es un acto de trámite cuando se deniega su emisión poniendo fin al procedimiento

En la **STS de 8 de abril de 2011,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta (recurso 1139/2007), se resuelve un recurso de casación interpuesto por Finca Pontania, SA, contra la Sentencia del TSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2006, por la que se desestimaba un recurso frente a una Resolución del Director General de Medio Ambiente

de la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Cantabria, de 10 de enero de 2005, por la que se acordaba archivar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del Proyecto «Plan Parcial del SNUP-10» Mortera, promovido por la demandante.

El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia general relativa al carácter de acto de trámite de las evaluaciones de impacto ambiental, que se integran como parte de un procedimiento y no son susceptibles de impugnación independiente de la decisión final del mismo (STS de 14 de noviembre de 2008, por ejemplo).

Sin embargo, señala que, en este caso, la Resolución impugnada es un acto de trámite cualificado que posee plena autonomía e independencia a efectos de su impugnación, porque decide que la evaluación ambiental no es necesaria, siendo así un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (FJ 4). Esto entronca también con una asentada jurisprudencia (SSTS de 13 de marzo de 2007 y de 23 de enero de 2008), y el TS lo conecta además con una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (FJ 5).

Por lo tanto, el TS procede a casar la sentencia recurrida y a anular la Resolución impugnada, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento necesario para que se proceda a emitir la correspondiente evaluación de impacto ambiental (FJ 7).

8. MONTES

A) La adopción de una declaración de prevalencia de unos parques eólicos sobre un monte vecinal en mano común ha de basarse no en declaraciones genéricas de utilidad pública y de efectos ambientales del proyecto, sino en un análisis concreto y particular de los efectos de cada instalación

La **STS de 2 de marzo de 2011** (recurso 624/2007), conoce el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ de Galicia que había anulado los acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia que contenían una declaración de prevalencia del interés social de la realización de unas obras de construcción de Parques Eólicos, sitos en un monte vecinal en mano común, frente al interés social de mantener los valores propios de dicho monte.

Las razones esgrimidas por el TSJ de Galicia en primera instancia para anular la declaración de prevalencia, aceptadas por el TS al resolver el recurso de casación, fueron las siguientes:

> «1.ª) Carencia en el expediente administrativo en el que se integra la declaración de prevalencia de una memoria presentada por la empresa beneficiaria de la misma razonando acerca del interés social de la instalación de los parques eólicos frente al que comportan los aprovechamientos naturales dimanantes de la explotación del monte vecinal en mano común.
>
> 2.ª) Inexistencia en mismo expediente administrativo de un estudio realizado sobre el particular por la Administración, que le permitiese con solvencia realizar la declaración de referencia aplicada al caso concreto».

Cierto es que en el expediente administrativo tramitado existía un plan estratégico eólico aprobado por resolución de la Consellería del ramo en 1996 y en el que se contenían los proyectos de ejecución de los parques eólicos a los que afecta la declaración de prevalencia anulada. En ese plan estratégico se contenía la declaración de utilidad pública y la aprobación de los proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal de las diversas instalaciones eólicas comprendidas en él.

Ahora bien, pese a ello, considera el Tribunal que para poder plantear si esos proyectos de instalaciones, —de indudable utilidad pública por cuanto supondrían la producción de energía y además no contaminante—, representan un interés social prevalente al que supone tiene un monte vecinal en mano común con sus valores ambientales, paisajísticos, de producción agraria forestal y de aprovechamiento ganadero, que además de provechosos para personas privadas (como ocurre también en el otro caso para los explotadores de la energía eólica), es preciso señalar de forma clara y particular cuál de esas dos clases de intereses se considera prevalente, sin perjuicio de que la así calificada trate de no arruinar la otra, sino simplemente subordinarla.

Desde la óptica expresada, el TSJ de Galicia entiende que para adoptar una decisión de prevalencia se precisa no de declaraciones genéricas de utilidad pública y de efectos ambientales del proyecto. Por el contrario, se trata de dar un paso más, cual es el de decidir si una concreta instalación debe prevalecer sobre la realidad concreta de un monte vecinal específico. Para ello es claro que resulta necesario descender a los detalles del caso y realizar un estudio particular, que es el que debería recogerse en la memoria del beneficiario de esa instalación y en el examen de los servicios técnicos de la Administración actuante. Sólo los elementos concretos de una y otro servirían de base argumental para justificar la declaración de prevalencia que correspondiese.

Sobre la base de estos planteamientos, el TSJ de Galicia entiende que las resoluciones de la Xunta de Galicia impugnadas no contenían una declaración de prevalencia suficientemente argumentada. Considera que en los documentos que constaban en el expediente administrativo de la Xunta no está suficientemente justificada la prevalencia de las instalaciones eólicas del caso sobre la situación existente en el monte vecinal en mano común en el que se instalarían aquéllas. Motivación que debería ser más cuidadosa si cabe, en tanto que el monte vecinal en cuestión se encuentra incluido en la red Natura y ha sido declarado espacio natural de importancia comunitaria por la Unión Europea, dentro de la denominación genérica «Serra do Xistral».

La sentencia asume que el sentido de una declaración de prevalencia de las características de la que nos ocupa debería decidir si las instalaciones eólicas que se pretenden deben «prevalecer sobre la realidad del monte vecinal en concreto», debiendo, para ello, descenderse a «los detalles del caso» de forma específica, con la finalidad de realizar «un estudio sobre el particular»; estudio que «debería recogerse en una memoria del beneficiario de la instalación y en un examen de los servicios técnicos de la Administración». Esa Memoria y su examen por los servicios técnicos de la Administración actuante constituyen la «base argumental y justificadora» de la declaración de prevalencia que se realice.

En el caso de autos la sentencia de instancia pone de manifiesto la inexistencia de tal Memoria y estudio en la forma indicada en el expediente tramitado por la Xunta. Considera que con los informes recogidos en el expediente no se alcanza el nivel de exigencia preciso,

pues éstos se centran, fundamentalmente, y, de forma casi exclusiva, en la extensión que, en su caso, ocuparían los autogeneradores de los tres Parques Eólicos para la producción de energía eléctrica en relación con la total extensión del monte vecinal. Y añaden, a ello, algunas concreciones. Por ejemplo, el informe emitido por el Servicio de Montes, para justificar la prevalencia, alude a la escasa superficie de terreno a ocupar y desforestar y a que éste «está repoblado con P. sylvestris de unos 40 años de edad, con escaso desarrollo y poco porvenir, dada la naturaleza turbosa del suelo». Por su parte, el informe de la Consejería de Industria y Comercio se limita a añadir que «el aprovechamiento de los recursos energéticos renovables, de acuerdo tanto con las directrices de la Unión Europea como del Plan Energético Nacional, es uno de los objetivos prioritarios de la política energética de Galicia».

El Tribunal estima que aun partiendo —y ello va implícito en el propio concepto de prevalencia— de que este tipo de declaraciones implican siempre una elección política en los supuestos de equiparación de intereses contrapuestos, lo cierto es que, en muchas ocasiones, aun contando con el citado y amplio margen de discrecionalidad en caso de equiparación de intereses, la comparación de los expresados y diferentes intereses es perfectamente posible mediante la correspondiente aportación de los específicos estudios técnicos. Dicho de otra forma, considera que la discrecionalidad, en la declaración de prevalencia, irá en aumento de forma proporcional a la equiparación o similitud de los intereses en juego, ya que, a mayor equiparación de intereses, mayor será el ámbito de decisión en la declaración de prevalencia. Mas tal equiparación o, en su caso, discrepancia, sólo será posible contrastarla con base en el pertinente estudio técnico que permita un proceso comparativo.

Para comprender mejor el razonamiento del Tribunal, es preciso recordar que la Ley 13/1989, de 10 de octubre, del Parlamento de Galicia, de Montes Vecinales en Mano Común, dispone en su art. 6.1 que «los montes vecinales sólo podrán ser objeto de expropiación forzosa o imponérseles servidumbres por causa de utilidad pública o interés social prevalentes a los de los propios montes vecinales», —precepto que, prácticamente, es reproducido por el art. 6 del Decreto 260/1992, de 4 de septiembre—. La legislación gallega arroja que la titularidad como vecinal en mano común de los montes afectados no es, sin más, una titularidad privada ordinaria, sino un modo de titularidad y aprovechamiento que en la Comunidad Autónoma de Galicia tiene una particular incidencia y justifica una regulación específica, al ser una forma de propiedad en común peculiar y bien característica de dicha Comunidad Autónoma, como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1989. Por todo lo cual, para verificar una declaración de prevalencia resulta imprescindible efectuar un juicio de contraste real entre los elementos de utilidad pública o interés social que, en su caso, hayan de sobreponerse a los propios de dichos montes vecinales.

En conclusión, a las decisiones de prevalencia ha de preceder un juicio técnico de contraste que, por su parte, ha de realizarse en el marco de los informes técnicos incluidos en la correspondiente Memoria, los cuales, como señala la sentencia de instancia, han estado ausentes en el supuesto de autos, sin que puedan ser sustituidos por unos informes emitidos por la propia Administración que no profundizan en los aspectos necesarios. Tal es así que en dichos informes no se contrasta ni se toma en consideración un dato imprescindible en este tipo de decisiones, cual la protección comunitaria con que el monte contaba, y que implica un especial régimen jurídico como es el previsto en el art. 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar

la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio español, a través del cual se transpuso al Derecho interno español la normativa comunitaria.

En este contexto, el Tribunal Supremo realiza en la Sentencia dos consideraciones relevantes. De un lado, que el art. 45 de la Constitución Española, cuando establece el deber de todos de conservar el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, como correlativa carga al derecho que allí se reconoce, impone un deber colectivo, no coercible individualmente, pero que afecta tanto a particulares como a Administraciones. De otro, que el Tribunal Constitucional, en la STC 102/1995, de 26 de junio, incluyó en el concepto de medio ambiente no sólo los recursos naturales, destacando los elementos flora y fauna en la conjunción de los escenarios que suponen el suelo y el agua, como espacio natural, sino que añadió otros estratos no esencialmente naturales, como los monumentos y, en definitiva, una realidad más amplia y dependiente, por tanto no objetiva, como es el paisaje. En relación con el paisaje, la STC señaló con precisión que «... ligado a todo lo ya inventariado está el paisaje, noción estética, cuyos ingredientes son naturales —la tierra, la campiña, el valle, la sierra, el mar— y culturales, históricos, con una referencia visual, el panorama o la vista, que a finales del pasado siglo obtiene la consideración de recurso, apreciado antes como tal por las aristocracias, generalizado hoy como bien colectivo, democratizado en suma y que, por ello, ha de incorporarse al concepto constitucional del medio ambiente». En suma, para el Tribunal Constitucional el paisaje «no es sólo una realidad objetiva sino un modo de mirar, distinto en cada época y cada cultura».

Por todo lo explicado, el Tribunal Supremo concluye que en el caso de autos no existía solamente un contraste entre los intereses propios de la producción eléctrica mediante autogeneradores eólicos y los propios de los titulares de los terrenos forestales, sino que, al propio tiempo, no puede descartarse la convergencia sobre aquél del interés general concurrente entre ambos y sobrepuesto a ellos que la Administración debe tutelar.

9. CARRETERAS

A) Nulidad de pleno derecho de la aprobación de un proyecto de carretera por la omisión del trámite sustancial del art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, necesario en el caso por cuanto el proyecto afectaba a un lugar integrado por hábitats naturales y clasificado de Zona de Especial Protección de las Aves

El recurso de casación resuelto por la **STS de 14 de febrero de 2011** (recurso 1511/2008), tuvo por objeto la pretensión revocatoria de la sentencia dictada la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había estimado el recurso interpuesto por la representación procesal de ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se declaraba el interés general, por razones imperiosas de seguridad vial, del Proyecto de «Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey» y se resol-

vía la discrepancia entre el órgano sustantivo y el ambiental de la Comunidad de Madrid, y contra la Orden de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, por la que se sometía a información pública la relación de bienes y derechos afectados por el expediente de expropiación forzosa, promovido con motivo de ejecución del referido proyecto.

El fallo de la sentencia recurrida declaraba la nulidad de pleno Derecho de dichas resoluciones, y ordenaba reponer el procedimiento administrativo al momento inmediatamente anterior al que fueron dictadas, con, en su caso, restitución a su estado anterior de la zona afectada por el proyecto.

Pues bien, la Comunidad de Madrid recurre en casación este fallo arguyendo:

1. Por una parte, que no era necesario someter el proyecto de duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey, a la previa consulta de la Comisión Europea, por no resultar de aplicación el art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen las medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico interno parte de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

La Comunidad de Madrid estimaba que no era preciso someter el proyecto de duplicación de dicha calzada a la previa consulta de la Comisión Europea, pues se basa «en razones patentes de salud humana y de seguridad pública, valores entre los cuales se encuentra la seguridad vial». Considera que la equiparación que se postula entre seguridad del tráfico y seguridad pública no está avalada por lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, citada —ni, consecuentemente, por el art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, que la traspone a nuestro ordenamiento—, en la medida en que no cabe sostener una interpretación flexible de las garantías jurídicas de protección de los hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias, entre las que se incluye la obligación de previa consulta a la Comisión Europea, que contradiga los objetivos que informan el Derecho Europeo medioambiental, de garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento de aquellos hábitats naturales y especies calificados de prioritarios en un estado de conservación favorable y con carácter permanente para proteger su elevado valor ecológico.

2. Por otra parte, que la Sala de instancia había incurrido en error de Derecho al declarar la nulidad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad, pues, a su entender, la Sala realiza una interpretación extensiva, extravagante o irrazonable del presupuesto art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; esto es, el recurrente en casación entiende que no se ha prescindido «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», al apreciar la concurrencia de vicios procedimentales de carácter sustancial por la inexistencia de Declaración de Impacto Ambiental y la omisión del preceptivo trámite de consulta previa a la Comisión Europea, exigibles en este supuesto, conforme a lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 92/43/CEE.

Así las cosas, el TS entra en el fondo y considera que la Sala de instancia ha realizado una interpretación adecuada del art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre,

por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, que se revela conforme a los objetivos de protección del medio ambiente que enuncia el art. 45 de la Constitución, que se proyecta en la exigencia de respeto al procedimiento medioambiental, en cuanto sostiene que la Comunidad de Madrid omitió, en el procedimiento de aprobación del proyecto de «Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey», un trámite sustancial consistente en realizar una consulta previa a la Comisión Europea sobre la idoneidad de realizar el referido proyecto desde la perspectiva medioambiental, a los efectos de que preste su asentimiento, que estimamos que era preceptivo en este supuesto, en la medida que afectaba a un lugar significado por su elevado valor ecológico, integrado por hábitats naturales y clasificado de Zona de Especial Protección de las Aves, donde habitan especies prioritarias como el águila imperial.

Así es, comparte el criterio de la Sala de instancia acerca de que en el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, cabe distinguir dos supuestos diferenciados respecto del cumplimiento del deber de información a la Comisión Europea, a los efectos de que sea autorizado un proyecto que incida negativamente sobre zonas especiales de conservación. El primer supuesto contemplado en la norma comunitaria europea se refiere a que deban adoptarse medidas compensatorias apropiadas para garantizar la coherencia global medioambiental, en cuyo caso, se deben comunicar a las autoridades comunitarias. El segundo supuesto es el relativo a cuando se trate de lugares cualificados por albergar un tipo de hábitat natural prioritario y/o una especie prioritaria, en que es necesaria la previa consulta a la Comisión Europea si se aducen «otras razones imperiosas de interés público de primer orden», que no versen sobre circunstancias relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.

Y de ello, se desprende la conclusión jurídica aplicable al supuesto enjuiciado, en razón de las características medioambientales específicas del lugar donde se proyecta la actuación pública, que alberga tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias, y por tanto no era posible que el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobase el proyecto de «Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey», sin su sometimiento a la previa consulta de la Comisión Europea, en cumplimiento del referido art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE.

A estos efectos, resulta adecuado transcribir el contenido íntegro del art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, que aplica la Sala de instancia para fundamentar su pronunciamiento y que transpone su homónimo de la Directiva 92/43/CEE, que dice que

> «Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, las Administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. En su caso, las Comunidades Autónomas comunicarán al Ministerio de Agricultura, Pesca

> y Alimentación las medidas compensatorias que hayan adoptado y éste, a través del cauce correspondiente, informará a la Comisión Europea.
>
> En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se pondrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, otras razones imperiosas de interés público de primer orden. En este último caso, a través del cauce correspondiente, habrá que consultar, previamente, a la Comisión Europea.
>
> Desde el momento en que un lugar figure en la lista de lugares de importancia comunitaria, éste quedará sometido a lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 de este artículo.
>
> También será de aplicación a las zonas de especial protección para las aves, declaradas, en su caso, por las Comunidades Autónomas correspondientes, al amparo del art. 4 de la Directiva 79/409/CEE, lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 de este mismo artículo».

El TS recuerda que ya en la Sentencia de esa misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de febrero de 2004 (RCA 39/2002 y 40/2002 acumulados), tuvo ocasión de interpretar el significado del régimen de protección medioambiental establecido en el art. 6 de la Directiva 92/43/CEE y en el art. 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, señalando que el art. 6 de la Directiva obliga a que los Estados miembros adopten las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies «[...] en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva». Con este designio, exige que los planes o proyectos que puedan afectar de forma apreciable a los citados lugares se sometan a una adecuada evaluación de sus repercusiones medioambientales.

En cuanto al Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, su art. 5, relativo a las «zonas especiales de conservación», dispone que cuando la Comisión Europea, basándose en la lista propuesta por el Estado español, seleccione y apruebe la lista de lugares de importancia comunitaria, estos lugares serán declarados por la Comunidad Autónoma correspondiente como zonas especiales de conservación. Se les han de aplicar, desde entonces, las medidas de conservación necesarias para el mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de un tipo de hábitat natural de los del anexo I o de una especie de las del anexo II.

En el art. 6, apartados tres y cuatro, del Real Decreto 1997/1995, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico interno la parte de la Directiva 92/43/CEE no incorporada previamente a él (algunas de las previsiones de ésta ya habían sido recogidas en la Ley 4/1989), se reproducen los correlativos apartados del art. 6 de dicha Directiva. En consecuencia, se han de someter a una adecuada evaluación de las repercusiones sobre los lugares protegidos los planes o proyectos que les puedan afectar de forma apreciable. En caso de que dichos lugares alberguen «un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, otras razones imperiosas de interés público de primer orden».

Asimismo, considera que la decisión de la Sala de instancia es plenamente congruente con la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo,

expuesta en la Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (RC 933/2003), que determina el alcance de la exigencia de especial motivación y de la obligación de consulta previa a la Comisión Europea, diferenciada de la simple obligación de información de las medidas compensatorias, según lo dispuesto en el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE, imponiendo el cumplimiento de estos requisitos formales cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) La existencia de conclusiones negativas en la previa evaluación del plan o proyecto, circunstancia que por sí sola obliga a la adopción de medidas compensatorias y a informar de ellas a la Comisión Europea;
b) Que se trate de un lugar que albergue algún tipo de hábitat natural o alguna especie calificados de prioritarios, y que,
c) No obstante ello, las razones que se aleguen para la autorización tengan la consideración de «razones imperiosas de interés público de primer orden».

En este sentido, aprecia que la doctrina jurisprudencial expuesta, resulta plenamente aplicable al caso enjuiciado en este proceso, pues la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto originario fue negativa, el lugar considerado posee un alto valor ecológico al estar integrado por múltiples hábitats y declarado Zona de Especial Protección para las Aves, y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 21 de julio de 2005, está fundamentado, exclusivamente, en razones imperiosas de seguridad vial.

Asimismo, constata que la sentencia recurrida se revela acorde con el principio de interpretación del ordenamiento estatal conforme al Derecho de la Unión Europea, pues el pronunciamiento referido a la exigencia de consulta previa a la Comisión Europea se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en las Sentencias de 2 de agosto de 1993 (C-355/90), 7 de septiembre de 2004 (C-127/02) y de 26 de octubre de 2006 (C-239/04), que refieren que el art. 6 de la Directiva 92/43 establece un procedimiento de evaluación medioambiental destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para ella, pueda afectar de forma apreciable a este último, y, en cuanto a los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria, que figuran en las listas nacionales remitidas a la Comisión, y, en especial, a los lugares en los que existen tipos de hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias, los Estados miembros están obligados a adoptar, en virtud de la Directiva, medidas de protección apropiadas, visto el objetivo de conservación perseguido por la Directiva, para proteger el interés ecológico pertinente que dichos lugares tienen a nivel nacional.

También rechaza el TS el segundo argumento desarrollado por la Comunidad de Madrid, pues razona que la Sala de instancia no ha incurrido en error de Derecho al declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 21 de julio de 2005, en cuanto que no ha realizado una interpretación extensiva, extravagante o irrazonable del presupuesto de prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido a que alude el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 al apreciar la concurrencia de vicios procedimentales de carácter sustancial por la inexistencia de Declaración de Impacto Ambiental y la omisión del preceptivo trámite de consulta previa a la Comisión Europea, exigibles en este supuesto, conforme a lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva 92/43/CEE, y en el art. 6 del Real Decreto 1997/1995.

En efecto, la Sala de instancia no ha desconocido la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se expone en la Sentencia de 31 de marzo de 2009 (RC 5119/2006), al declarar que la falta de declaración de impacto ambiental y la omisión del trámite de consulta previa a la Comisión Europea, constituyen causas de nulidad de pleno derecho, a la luz de lo dispuesto en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debido a la esencial transcendencia y sustantividad de dichos trámites, que imposibilitan el control de la Comisión Europea sobre la incidencia medioambiental del proyecto, y cuyo incumplimiento impide al Gobierno de la Comunidad de Madrid competente adoptar legítimamente, desde la perspectiva medioambiental, la decisión de autorizar el proyecto de «Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey».

En último término, cabe significar que la Decisión de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2007, que acepta los compromisos del Gobierno de la Comunidad de Madrid de ajustar el proyecto a las exigencias derivadas de la legislación comunitaria y, concretamente, a una única evaluación de impacto ambiental, que permita subsanar los vicios procedimentales que constituyen el fundamento del fallo de la sentencia recurrida, no hacen perder, sin embargo, su finalidad legítima al recurso de casación, pues, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expuesta en la Sentencia de 26 de octubre de 2006 (C-239/04), es en el momento de adopción de la decisión que autoriza la realización del proyecto cuando no debe subsistir ninguna duda razonable, desde un punto de vista medioambiental, sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad medioambiental del lugar afectado. Por ello, concluye la STS descartando que el recurso de casación haya perdido su utilidad, como propugna el Letrado de la Comunidad de Madrid, en la medida en que mantiene su pretensión de que se case la sentencia recurrida.

10. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) Canon de control de vertido: cuantificación

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de su cálculo. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico, y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad am-

biental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

En el caso resuelto por la **STSJ de Extremadura de 25 de noviembre de 2010** (NR 1562/2008) se desestima la pretensión del Ayuntamiento sujeto pasivo de la tasa. Se recalca que al recurrir la liquidación no se puede pretender hacer reparos de legalidad a la resolución que autoriza el vertido y fija sus condiciones que, por imperativo legal, ha de constituir la base para la determinación del canon.

Es estimatorio el sentido de la **STSJ de Murcia de 21 de octubre de 2010** (NR 3171/2003). Reprocha la Sala a la Confederación que la liquidación girada no encuentra motivación, ni en su propio contenido, ni en el expediente, ni en cuanto al volumen anual de agua tenido en cuenta, ni en cuanto al factor K en función del índice de contaminación de las aguas vertidas, y ello por la sencilla razón de que no constan las tomas de muestras de aguas, ni los análisis de éstas que sirvieron de base para calcular dichos datos.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Constitucionalidad de los tributos

El TSJ de Aragón declara nuevamente la constitucionalidad del canon de saneamiento de Aragón, dado que, a su parecer, no vulnera en absoluto el art. 6.2 de la LOFCA. En efecto el canon de saneamiento no grava el mismo hecho imponible gravado por el canon estatal de control de vertidos. Se trata de la **STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2010** (NR 83/2009).

C) Impuestos sobre la energía

a) Impuesto sobre hidrocarburos

El TEAC desestima reclamación económico-administrativa interpuesta contra liquidación girada en concepto del Impuesto especial sobre Hidrocarburos, mediante **RTEAC de 8 de junio de 2010** (NR 1407/2009). Se pronuncia el TEAC a favor de la sujeción de los hidrocarburos utilizados en la obtención de productos que no tenían la consideración de hidrocarburos a efectos fiscales y que salieron de la refinería para ser comercializados. Apuesta por un método proporcional, calculando el consumo de combustible en proporción a las cantidades de productos finales.

En cambio, el Tribunal Supremo estimará el recurso deducido contra sentencia de la Audiencia Nacional, que anulará. Es la **STS de 13 de octubre de 2010** (NR 6733/2005). La sentencia trata de la exención respecto de la fabricación de una serie de productos que se destinarían a uso como carburante, directamente o mezclados como carburantes convencionales en el campo de las actividades piloto para el desarrollo tecnológico de productos

menos contaminantes. Según el Alto Tribunal, el límite temporal de vigencia de la exención ha de coordinarse con la capacidad de producción promedio inicialmente prevista para el proyecto en cada uno de los años de vigencia de la exención, y a las reglas del devengo, pues es lo que más se ajusta al espíritu o finalidad de la exención. Ello permite rechazar una lectura restrictiva que limite cada año a un volumen sin comunicación alguna entre períodos, más teniendo en cuenta que la cuota no tiene periodicidad temporal anual.

D) Impuestos sobre el transporte

a) Impuesto sobre determinados medios de transporte

La **STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2010** (NR 1128/2006), estima en parte el recurso deducido contra liquidación por el impuesto especial sobre determinados medios de transporte. El asunto trata sobre la fijación de la base imponible. Se rechaza el recurso en cuanto se pretendía reducir la base imponible en el importe de descuentos pretendidamente obtenidos con anterioridad a la adquisición, sin acreditarlo: se trataba de vehículos matriculados a nombre del concesionario. En cambio sí se le da la razón en relación con vehículos adquiridos por empresas para su cesión en arrendamiento financiero, señalando la Sala que la base estará constituida por el importe que se haya determinado como base imponible del IVA con ocasión de la adquisición por la empresa arrendadora que luego lo cede en *leasing*, con independencia de que el vehículo se matricule a nombre del arrendatario y sea éste el sujeto pasivo del impuesto.

E) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

La **STSJ de Galicia de 11 de noviembre de 2010** (NR 15037/2010), entiende que debe exigirse por la recogida de basuras una tasa y no un precio público, por mucho que el servicio se preste mediante una empresa concesionaria.

Mediante la **STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2010** (NR 261/2009), la Sala desestima un nuevo recurso interpuesto contra la Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por servicios y actividades relacionados con el medio ambiente del Ayuntamiento de Madrid, que principalmente afecta a la recogida de residuos sólidos urbanos. Se impugnaba, como en otros recursos, la manera de cuantificar la tasa, en función de tramos de valor catastral del inmueble, por entender, entre otros argumentos, que vulneraba las reglas de cálculo de cuantificación de las tasas por servicios y actividades y en particular el principio de capacidad económica. Siguiendo los precedentes de sentencias anteriores, se rechaza la argumentación sobre la base de las múltiples posibilidades con que cuenta el Ayuntamiento para adoptar sus decisiones y la limitada incidencia de este principio constitucional en materia de tasas. El TSJ rechaza además la impugnación de que no se exija el pago de la tasa cuando no exista ocupante siguiendo la tradición jurisprudencial que señalaba este servicio como de recepción obligatoria. Finalmente, se cuestionaba la fijación contable del servicio en los estudios económico-financieros. Considera el tribunal que es posible que se computen costes de personal, aunque el servicio sea objeto de concesión, dado que esos costes son reales, aunque no se encuentren dedicados exactamente a la recogida y

tratamiento de los residuos. También considera ajustado a derecho incluir entre los costes repercutibles los derivados del cobro de la propia tasa. Finalmente se admite la parte que corresponde a costes transversales y se rechaza la detracción de unos hipotéticos ingresos por el tratamiento de residuos urbanos y venta de energía, más teniendo en cuenta que las instalaciones de biogás no estaban aún en funcionamiento.

También es desestimatoria la **STSJ de Valencia de 8 de octubre de 2010** (NR 412/2009), que, entre otras circunstancias, considera correcta la determinación de la cuota de la tasa de basuras para un parque temático en función de la superficie del parque. En sentido parecido, la **STSJ de Canarias (Tenerife) de 15 de octubre de 2010** (NR 74/2009), que considera ajustada a derecho la cuantificación en función del módulo único del metro cuadrado. No obstante, se estima en parte el recurso, dado que se produjo una subida lineal en un 3% sin justificación ligada al aumento de los costes, sino a la delicada situación económica.

F) Fiscalidad sobre la actividad nuclear

a) Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha

Mediante **Auto de 20 de diciembre de 2010**, el **TSJ de Castilla-La Mancha** eleva cuestión de inconstitucionalidad en relación con la posible inconstitucionalidad de los hechos imponibles relativos a la producción termonuclear de energía eléctrica y al almacenamiento de residuos radiactivos (NR 463/2006). En primer lugar, se plantea la posible inconstitucionalidad por una posible afección a la competencia del Estado definida en el art. 149.1 de la Constitución, en cuanto a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, bases del régimen energético y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Asimismo, por no cumplir las condiciones impuestas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para aceptar la legitimidad de los tributos extra fiscales.

El TSJ señala también la posible colisión con el art. 6.3 de la LOFCA, en cuanto a la invasión del sistema impositivo local, aunque no parece considerar la reforma experimentada por este precepto a finales de 2009 que, al menos cara al futuro, relaja la presión sobre los impuestos autonómicos.

Téngase en cuenta que no es la primera vez que se cuestiona la constitucionalidad de esta figura. La Sala reitera la cuestión teniendo en cuenta que ahora se contiene el impuesto en una Ley diferente de la original.

G) Otros impuestos autonómicos ambientales

a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

La **STS de 25 de febrero de 2011** (NR 4367/2006), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una empresa del sector energético en relación con este tributo que, como se sabe, fue anulado por el Tribunal Constitucional en 2000.

La empresa había instado una reclamación de responsabilidad patrimonial (del legislador) derivada de una liquidación practicada en aquel impuesto, que no se pudo benefi-

ciar directamente de la nulidad. La desestimación se funda en el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional, que limitó los efectos de la declaración de nulidad, advirtiendo de manera expresa que sólo se considerarían situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la propia sentencia aquellas que, a la fecha de su publicación, no hubieran adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme.

b) Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha

El **Auto del TSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2010** que hemos comentado en cuanto a diversos aspectos de la actividad nuclear también afecta al hecho imponible de emisión de gases a la atmósfera, sobre todo atendiendo a posibles vicios de competencia.

H) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios

a) Impuesto sobre Sociedades

La **RTEAC de 1 de junio de 2010** (NR 34/2010), resuelve un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio considerando que son compatibles las deducciones para protección del medio ambiente y por reinversión cuando éstas recaen sobre las mismas inversiones.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
2. ENERGÍA.

   A) Energía eléctrica.

   Determinación de tarifas.

   B) Gas.

   a) Retribuciones del sector gasista.
   b) Tarifas.

3. FOMENTO.

   A) Incumplimiento de condiciones e inexistencia de derecho a una prórroga.
   B) Denegación de solicitud. No se debe tener en cuenta el régimen de insularidad de Canarias.

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recogen las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 20 a 22 de 2010 y 1 a 5 de 2011.

2. ENERGÍA

A) Energía eléctrica

Determinación de tarifas

Las **SSTS de 17 de enero y de 25 de enero de 2011** resuelven y desestiman las pretensiones planteadas respectivamente por sendas compañías mercantiles eléctricas, contra la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de fecha 1 de enero de 2009.

En cuanto a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 30/2009; RJ 2011/88), la entidad recurrente impugna la parte que a ella afecta del Anexo VI de la mencionada Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, con relación a la retribución que le corresponde durante el ejercicio de 2009. En este sentido, cabe recordar que dicho Anexo expresa tal retribución respecto a las empresas distribuidoras de energía eléctrica acogidas a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

La sociedad mercantil demandante pretende que se anule la retribución que le ha sido reconocida en el citado Anexo VI de la Orden ITC/3801/2008, porque, a su entender, éste no habría respetado los principios y criterios que, para el cálculo de esa retribución, establecen tanto la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, como el Real Decreto 222/2008, que regula el régimen jurídico de la actividad de distribución.

Concretamente, la mercantil actora alega que la propuesta de retribución presentada por la Comisión Nacional de Energía y aceptada por la Orden resulta inadecuada, en lo relativo a la partida de «coste medio de reposición» de las instalaciones, pues una y la otra la calculan tomando en cuenta el precio medio a nivel nacional de cada elemento de red. A su juicio, el criterio de reconocer precios medios a nivel nacional sería contrario al art. 7 del Real Decreto 222/2008 y al art. 16.3 de la Ley 54/1997. Igualmente, prosigue la sociedad actora, la Orden citada infringiría los principios de no discriminación y objetividad contemplados en el art. 15 de esta última Ley 54/1997.

Sin embargo, la Sala del Tribunal Supremo desestima el recurso puesto que el suplico de la demanda estaría mal formulado, y también con base en el inciso final del Anexo VI de la Orden impugnada. En efecto, el Alto Tribunal constata que la recurrente interesa solamente que se anule la retribución a ella referida, pero no que sea sustituida por otra de cuantía superior, que tuviera que ser fijada por la Administración en ejecución de sentencia. Ciertamente, añade el Tribunal Supremo, en la práctica de la prueba se propusieron diversos importes económicos, pero, pese a ello, la empresa demandante reiteró en sus conclusiones la declaración de nulidad pretendida en la demanda.

El Tribunal Supremo destaca que la mera anulación de la cantidad económica fijada en el Anexo VI de la Orden dejaría en peor situación a la recurrente, que la derivada de mantener aquella cifra, en cuanto supone un mínimo retributivo. Además, prosigue el Alto Tribunal, la sociedad mercantil recurrente pudo haber hecho uso de la previsión contenida en el inciso final del Anexo VI de la Orden cuestionada, que permite a la empresa distribuidora, cuyas instalaciones eléctricas presentan unas circunstancias singulares, esto es, extraordinarias con relación a las comunes, solicitar la revisión de la retribución objeto de debate a la Dirección General de Política Energética y Minas, la cual deberá pronunciarse sobre la mencionada solicitud, previo informe de la Comisión Nacional de Energía.

A estos efectos, la Sala destaca que los terrenos en los que se encuentran las instalaciones de la empresa recurrente tienen una topografía muy accidentada, y además hay zonas de especial protección para las aves; finalmente, concurren lugares especialmente protegidos por sus especiales valores ambientales. Todo ello, concluye el Tribunal Supremo, implica sobrecostes que no se dan en otros parajes, y justificaría una revisión de la retribución. En todo caso, la Sala precisa que hay otros factores que la Comisión Nacional de Energía emplea en sus cálculos para fijar la retribución a la que tiene derecho cada empresa distribuidora.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero del mismo año 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 43/2009; RJ 2011/351), examina un caso parecido al reseñado, que, pese a sus características intrínsecas, permite la aplicación de la doctrina que se acaba de exponer, recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2011. Es por ello que la Sala del Alto Tribunal reproduce parcialmente esta sentencia y desestima las pretensiones de la compañía recurrente.

En otro orden de cuestiones, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2011, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 101/2009 (RJ 2011/212), interpuesto por una entidad eléctrica mercantil contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisaron las tarifas eléctricas a partir del día 1 de enero de 2008. En concreto, la entidad recurrente pretende la nulidad del art. 5 de la mencionada Orden.

El citado art. 5 establecería que parte de la tarifa eléctrica se destinaría a la financiación de los programas de ahorro y eficiencia energética. Según considera la sociedad eléctrica demandante, la Ley del Sector Eléctrico no prevé que dichos programas deban estar incluidos en la estructura de la tarifa eléctrica, por lo que el mencionado precepto de la Orden impugnada incurriría en nulidad.

Para la resolución de este recurso, la Sala del Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 8 de abril de 2010 (recurso contencioso-administrativo 31/2009), que, a su vez, aplicó la doctrina jurisprudencial expuesta en las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 y 29 de enero de 2009.

De conformidad con estos precedentes, el Alto Tribunal señala que la tarifa eléctrica posee una estructura diseñada por el propio legislador en la Ley del Sector Eléctrico y, en particular, en su art. 17.1, que enumera los cinco conceptos a los que va destinado el importe de la tarifa, esto es, costes de producción, peajes por transporte y distribución, costes de comercialización, costes permanentes del sistema y costes de diversificación y seguridad del abastecimiento.

El Tribunal Supremo precisa que no se admite la inclusión en la tarifa eléctrica de otros conceptos distintos a los reseñados, salvo los previstos en la propia Ley del Sector Eléctrico, como ocurre con los incentivos por la calidad del suministro y los costes de planes de mejora de la gestión de la demanda (arts. 16.3 y 4, 46 y 48).

Atendido este marco jurídico normativo, la Sala examina si la Ley del Sector Eléctrico prevé que la tarifa eléctrica incluya como concepto el relativo a los programas de ahorro y eficiencia energética, contemplados en el art. 47 de dicho texto legal. Ésta es la cuestión que se plantea con el art. 5 de la impugnada Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisaron las tarifas eléctricas a partir del día 1 de enero de 2008. El Tribunal Supremo concluye que no hay ninguna previsión en la Ley del Sector Eléctrico en el sentido que la tarifa eléctrica deba incluir como concepto el relativo a tales programas.

La sentencia destaca la diferencia de trato que se observa entre los programas de ahorro y eficiencia energética, por una parte, y el resto de conceptos incluidos en la estructura de la tarifa eléctrica, por otra parte. A estos efectos, el Tribunal Supremo subraya que los planes sobre calidad del servicio y mejora de la gestión de la demanda hacen referencia a dos de las actividades reguladas por la Ley en orden a asegurar el suministro a los consu-

midores de energía eléctrica (en particular, a la distribución y la comercialización) y, en consecuencia, afectan a la actuación de los propios sujetos que participan en el mencionado suministro. Por el contrario, prosigue el Alto Tribunal, los planes de ahorro y eficiencia energética afectan a los consumidores de la energía eléctrica, y no resultan imputables sus costes ni a la tarifa en general, ni a cualquiera de las fases en que consiste la actividad de suministro eléctrico (generación, transporte, distribución y comercialización).

El Tribunal Supremo efectúa otras consideraciones en torno a la naturaleza de los programas de ahorro y eficiencia energética, de las que cabe destacar que no habría relación directa entre el ahorro en el consumo de energía eléctrica y los costes medioambientales de su generación, fuera de la relación, que el Tribunal Supremo califica de indirecta, en el sentido que un menor consumo originará una menor demanda, una menor generación de energía y, finalmente, en alguna medida, unos costes medioambientales menores. Con ello, concluye la Sala, quiere decirse que no puede justificarse la imputación a la tarifa del coste de planes de ahorro en el consumo eléctrico en que dichos costes puedan considerarse comprendidos en los de generación de la energía eléctrica.

Hasta este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo se remite a su jurisprudencia anterior. A ella añade una última réplica al argumento presentado por la abogacía del Estado, en cuanto que los planes de ahorro y eficiencia energética encontrarían un respaldo legal en la modificación normativa de la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley del Sector Eléctrico, vigente en el momento en el que se aprobó la Orden ahora impugnada. Según este inciso, se atribuye al Gobierno la capacidad para «fijar los límites máximos anuales al incremento de la tarifa, así como los costes a considerar».

Para el Tribunal Supremo, no puede entenderse que toda la arquitectura de la composición de la tarifa eléctrica sea alterada por la vía de un inciso de una disposición adicional. Por el contrario, señala el Tribunal, este inciso debe interpretarse siempre dentro de los conceptos que pueden imputarse a la tarifa eléctrica, de conformidad con la regulación sustantiva de la Ley.

En conclusión, la Sentencia estima el recurso contencioso-administrativo presentado por la compañía eléctrica mercantil y declara la nulidad del art. 5 de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2008, por no ser conforme a Derecho.

B) Gas

a) Retribuciones del sector gasista

Mediante dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2010 (recursos de casación núms. 6396/2008 y 27/2010) se resuelven otros tantos recursos contencioso-administrativos interpuestos por la entidad «Naturgas, SA» contra las correspondientes Órdenes ministeriales (Orden ITC 4099/2005, de 27 de diciembre y Orden ITC/3993/2006, de 29 de diciembre), que establecen la retribución de las actividades reguladas del sector gasista. A pesar del distinto planteamiento formal de ambos recursos —el primero se dirige contra la sentencia de instancia, que es casada y anulada por incongruencia omisiva, y el segundo tiene por objeto directamente la

Orden ministerial—, ambos gozan de igual planteamiento sustantivo y obtienen la misma resolución del Tribunal. De ahí que sean susceptibles de ser abordados conjuntamente.

En términos generales, la cuestión de fondo se centra en si es o no conforme a Derecho que las Órdenes impugnadas lleven a cabo una reducción de la retribución fija a las empresas de distribución y transporte de gas en los supuestos de no instalación de equipos de telemedida o en la distribución inferior a 4 bares. El Tribunal desestima la pretensión de ilegalidad de dichas Órdenes, rechazando —uno a uno— los cuatro motivos aducidos por la recurrente.

De entrada, se niega la infracción del principio de jerarquía normativa, puesto que no se aprecia vulneración alguna ni de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, ni de su normativa de desarrollo. Aunque ciertamente dicha ley no contempla el supuesto en cuestión como uno de los criterios que permitan modular la retribución de la actividad de distribución, sí prevé que ello es posible «de forma que se incentiven una gestión eficaz y una mejora de la productividad que deberá repercutirse en parte a los usuarios y consumidores» [art. 92.1.c)], referencia que ampara, según el Tribunal, la medida prevista en la Orden, puesto que con ella se pretende fomentar la distribución de gas a una presión superior a 4 bares y, por tanto, más eficiente y económica.

En segundo lugar, tampoco se admite que la medida discutida infrinja las previsiones relativas al derecho administrativo sancionador. Para el Tribunal, no cabe considerar aisladamente los distintos elementos que configuran el sistema retributivo, puesto que éste se compone de aspectos más o menos favorables o desfavorables para los distintos sujetos afectados. Y, aunque pueda suponer alguna desventaja para determinados sujetos, cabe tener en cuenta que tal medida carece de carácter sancionador, pudiendo ser considerada, más acertadamente, como un incentivo a un suministro de gas más eficiente.

En tercer lugar, se desestima la vulneración del principio de proporcionalidad, ya que la medida es idónea y no puede tacharse de desproporcionada, en tanto que el objetivo de realizar una distribución más eficiente puede conseguirse, aunque sea mediante la penalización a determinados sujetos, a través del sistema retributivo propuesto.

Finalmente, no cabe tampoco alegar arbitrariedad por la falta de motivación de la orden recurrida. Una vez más el Tribunal aclara que no puede exigirse a una disposición general la motivación requerida en la legislación de procedimiento para las disposiciones singulares. Y constata que, para el caso concreto, la justificación de la medida se encuentra tanto en el Reglamento que desarrolla [arts. 20.2.c) y 20.5 del RD 949/2001, de 3 de agosto] como en los informes emitidos a lo largo de su procedimiento de elaboración, tanto por el Ministerio como por la Comisión Nacional de la Energía.

Algunos de estos mismos argumentos son también los que, posteriormente, la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo utiliza en su **STS de 1 de febrero de 2011** (recurso 144/2009) para resolver el recurso planteado contra la Orden ITC/3994/2006, de 29 de diciembre, por la que se establece la retribución de las actividades de regasificación. En este caso, se reitera que la intervención del Consejo Consultivo de Hidrocarburos, en el que está representado el sector empresarial del gas, satisface las exigencias del trámite de audiencia exigidas por el art. 24.1.c) de la Ley del Gobierno. Al mismo tiempo, se vuelve a insistir en el hecho de que, al tratarse la Orden impugnada de una disposición general con un contenido complejo, no puede exigirse una motivación análoga a la de una resolución singular, toda vez que dicha norma reglamentaria contaba ya

con una exposición de motivos que explicaba sus aspectos más relevantes y que, junto con la documentación obrante en el expediente, se considera suficiente. Por último, se rechaza también la alegada vulneración del principio de igualdad planteada por la recurrente, afirmando que no puede pretenderse una estricta equiparación entre actividades (como son las de almacenamiento y transporte) que, aun perteneciendo todas ellas al sector del gas, presentan contornos específicos que permiten a la Administración tratarlas separadamente.

b) Tarifas

La Orden ministerial ITC/4101/2005, de 27 de diciembre, por la que se establecen las tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados a redes de presión de suministro igual o inferior a 4 bares, suprimió, por medio su Disposición Adicional Única, la tarifa 2.5 de Grupo 2, previendo a su vez una tarifa transitoria en su lugar. En resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto directamente contra dicha disposición por la Asociación Española de Fabricantes de Pastas, Papel y Cartón (ASPAPEL) y la Asociación de Autogeneradores de Energía Eléctrica (AAEE), la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de mayo de 2008, declaró la nulidad del apartado 2.º de tal disposición. Contra dicha sentencia se presentaron sendos recursos de casación. De un lado, por la sociedad «Gas Natural» y la Abogacía del Estado, solicitando la revocación de dicha sentencia, y, de otro, por las citadas asociaciones, reclamando extender la nulidad a otros preceptos de la Orden impugnada. Inadmitiendo a trámite el último de los recursos, el Tribunal Supremo resuelve los otros dos mediante su **Sentencia de 19 de enero de 2011** (recurso de casación núm. 4179/2008), en la que casa la sentencia de instancia y revoca la declaración de nulidad del precepto discutido.

La cuestión de fondo se centra en la vulneración o no por la Orden impugnada de lo dispuesto en la normativa de rango superior aplicable (Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos y RD 949/2001), en cuanto a la posibilidad de suprimir la mencionada tarifa. El Tribunal rechaza la tesis de la sentencia recurrida, según la cual, de acuerdo con el art. 27 RD 494/2001, existe una reserva reglamentaria para la «supresión» de las tarifas de combustibles gaseosos que invalidaría la competencia del Ministro de Industria para adoptar tal decisión, quien sólo podría «modificar» la estructura de las tarifas. Tal interpretación es, según el Supremo, errónea a la vez que contraria al art. 93 de la citada Ley, que habilita expresamente al Ministro de Industria y Energía a dictar, mediante Orden y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, «las disposiciones necesarias para el establecimiento de las tarifas del coste de gas natural»; habilitación que, a su parecer, comprende la facultad de determinar la aplicación o no de aquellas tarifas establecidas por el Gobierno y de proceder a su revisión y adecuación a las circunstancias del mercado.

Adicionalmente, el Tribunal apoya su decisión en que no se ha motivado que la supresión de la tarifa carezca de justificación objetiva y razonable, ya que se ampara en razones de política energética que no liberaliza el mercado y, paralelamente, se ha impuesto la sujeción de los afectados a una tarifa transitoria. Finalmente, tampoco se estima la pretensión de nulidad por vicios procedimentales, por el hecho de que la Comisión Nacional de la Energía no pudiese pronunciarse sobre todos los extremos contenidos en la disposición impugnada, ya que las recurrentes *a quo* no concretaron qué circunstancias, relativas al

mercado del gas, debieron haberse tenido en cuenta por dicho órgano consultivo, que hubieran podido determinar una modificación de la disposición ministerial.

Las **SSTS de 24 de enero de 2011** (recurso 117/2009) **y de 9 de febrero de 2011** (recurso 113/2009) se ocupan también de analizar las tarifas aplicables al sector gasista, resolviendo sendos recursos contencioso-administrativos planteados contra la Orden ITC/3863/2007, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes y los cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se actualizan determinados aspectos relativos a la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

En ambos casos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo estima los recursos planteados y declara la nulidad de la Disposición Adicional Tercera de la Orden impugnada, al considerar que la legislación de hidrocarburos no permitía financiar con cargo a los peajes de acceso los planes de ahorro y eficiencia energética que había aprobado el Gobierno para el período 2008-2012. La argumentación del Tribunal se fundamenta, de forma similar a la que en otras ocasiones se ha aplicado al enjuiciar la tarifa eléctrica, en la consideración de que la tarifa aplicable al sector gasista posee una estructura diseñada directamente por el legislador, de ahí que resulte contrario a Derecho, tal y como pretendía la Orden impugnada, la incorporación a ésta de otros conceptos diferentes de aquéllos expresamente previstos por la Ley de Hidrocarburos.

3. FOMENTO

A) Incumplimiento de condiciones e inexistencia de derecho a una prórroga

La declaración del incumplimiento de condiciones en un supuesto de concesión de ayuda según la ley de incentivos regionales plantea en esta ocasión el debate sobre los efectos de una solicitud de prórroga para poder llevar a cabo el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Frente a los argumentos de la recurrente (haber solicitado una prórroga para poder cumplir las condiciones antes de finalizar el plazo de la concesión sin haber recibido respuesta) el Tribunal Supremo, en la **Sentencia de 9 de febrero de 2011,** recurso 510/2009, rechaza el recurso.

Por un lado, afirma que la prórroga se solicitó una vez se había agotado el plazo para cumplir las condiciones. Pero lo más destacable es que el Tribunal Supremo recuerda que la posibilidad de prórroga se configura por la normativa vigente como una facultad discrecional de la Administración, por lo que ésta, solicitada la prórroga, puede optar por concederla o iniciar el procedimiento de incumplimiento. Al haber optado por lo segundo, su decisión fue ajustada a derecho, sin que en ningún caso la recurrente pudiera entender que el silencio de la administración ante su petición de prórroga suponía una ampliación del plazo para cumplir con las condiciones establecidas.

B) Denegación de solicitud. No se debe tener en cuenta el régimen de insularidad de Canarias

Solicitada una ayuda para una actividad de transporte aéreo (adquisición de seis aviones ATR 72-500), en base a la ley de incentivos regionales, ésta fue rechazada. Impugnado

el acuerdo denegatorio el recurso de primera instancia desestimó el recurso, lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo en su **Sentencia de 11 de febrero de 2011**, recurso 3297/2008.

Los motivos en los que la Administración fundó su acuerdo denegatorio fueron tres. Por un lado, el hecho de no estar contemplada la actividad para la que se solicitó la ayuda entre los sectores promocionables (art. 7.1 del RD 569/1988, al tratarse de una actividad de transporte). Por otro, por tratarse de inversiones de sustitución, excluidas de la línea de incentivos regionales. Y, en tercer lugar, por no tratarse de activos fijos.

De la citada sentencia del Tribunal Supremo, que desestima el recurso, merece destacarse lo que se afirma en su fundamento jurídico quinto. En dicho fundamento el Tribunal se opone a los argumentos de la recurrente según los cuales la sentencia impugnada debió tener en cuenta la especialidad del régimen de insularidad de Canarias y la Ley 19/1994 para interpretar los preceptos reglamentarios que regulaban la concesión de la ayuda. La citada ley, según la recurrente, obligaba a interceptar la normativa sobre incentivos regionales teniendo en cuenta la necesidad de compensar los problemas de discontinuidad territorial, favoreciendo el establecimiento y sostenimiento de líneas de transporte entre territorios discontinuos. El Tribunal Supremo rechaza este argumento y afirma que la aplicación de la aludida norma sobre el régimen económico y fiscal de Canarias al caso de autos no sería determinante para el reconocimiento de la subvención vistas las razones que sustentan la denegación que son de diversa naturaleza y no han sido desvirtuadas. La normativa singular aplicable en el caso de Canarias no permite alterar el régimen general y específico de las ayudas.

Ricard Gracia Retortillo
Josep Molleví i Bortolo
Joaquín Tornos Mas
Marc Vilalta Reixach

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.

   A) Venta de lentes de contacto por Internet.

   B) Libertad de establecimiento y superficies comerciales de Cataluña.

2. DEPORTE.

   A) Retransmisiones televisivas en abierto para acontecimientos de gran relevancia deportiva.

   B) Corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el control jurisdiccional de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva.

3. EDUCACIÓN.

   A) Universitaria.

      a) Diferente posición de interesados en un procedimiento para Profesor Titular de Universidad.

4. EXTRANJEROS.

   A) Ilegalidad parcial del Reglamento de entrada, libre circulación y residencia de extranjeros en España.

   B) Permiso de residencia y trabajo.

   C) Denegación de entrada y expulsión.

   D) Asilo y condición de refugiado.

   E) Nacionalidad.

5. JUEGO.

   A) ¿La naturaleza del dinero que por el juego de las quinielas recibe un club o SAD de fútbol de la ONLAE es una subvención o una contraprestación a efectos de liquidación del IVA?

6. SANIDAD.

   A) Consentimiento informado.

1. CONSUMO

A) Venta de lentes de contacto por Internet

La **STJ de 2 de diciembre de 2010**, en el Asunto C-108/09, responde a una cuestión prejudicial planteada desde Hungría en la que se pregunta si el derecho de la Unión se opone a una normativa nacional, que permite la comercialización de lentes de contacto exclusivamente en establecimientos especializados en la venta de instrumentos médicos y que prohíbe, por lo tanto, su comercialización por Internet.

Al efecto responde el Tribunal de Justicia que las normas nacionales relativas a la comercialización de lentes de contacto están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en la medida en que se refieren a la venta de tales lentes de contacto por Internet. En consecuencia, los artículos 34 y 36 TFUE, así como la Directiva 2000/31 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que autoriza la comercialización de lentes de contacto exclusivamente en establecimientos especializados en instrumentos médicos.

B) Libertad de establecimiento y superficies comerciales de Cataluña

La **STJ de 24 de marzo de 2011**, en el Asunto C-400/08, al analizar un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas en la que se solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al imponer restricciones al establecimiento de superficies comerciales en Cataluña, desemboca en la presente Sentencia mediante la que se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones:

— el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales de Cataluña, por cuanto prohíbe la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios;

— los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales de Cataluña, así como el anexo 1 de éste, por cuanto dichas disposiciones limitan la implantación de nuevos hipermercados a un reducido número de comarcas y exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9% del consumo de productos de uso cotidiano o del 7% del consumo de productos de uso no cotidiano;

— el artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el artículo 8 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales de Cataluña, y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por exigir estas disposiciones la aplicación de límites en cuanto

al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir nuevos establecimientos comerciales grandes ni medianos, y

— el artículo 26 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por cuanto regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales garantizando la representación de los intereses del comercio minorista ya existente y no contemplando la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores.

2. DEPORTE

A) Retransmisiones televisivas en abierto para acontecimientos de gran relevancia deportiva

Las **SSTJ de 17 de febrero de 2011**, en los Asuntos T-385/07 y T-68/08, **y de 8 de marzo de 2011**, en el asunto T-55/08, resuelven recursos interpuestos por la FIFA y la UEFA contra decisiones de la Comisión en el procedimiento previsto por el artículo 3 bis de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre 1989, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva y que permite a cada Estado miembro decidir acontecimientos deportivos de gran importancia para la sociedad, que deban emitirse en abierto, es decir, no mediante canales de pago. Si adopta dichas medidas, el Estado miembro de que se trate establecerá una lista de acontecimientos, nacionales o no nacionales, que considere de gran importancia para la sociedad, lo que hará de manera clara y transparente, a su debido tiempo y oportunamente. Al hacerlo, el Estado miembro determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo o, en caso necesario y apropiado, por razones objetivas de interés público, total o parcialmente en diferido. Los Estados miembros notificarán inmediatamente a la Comisión cualesquiera medidas que tomen o vayan a tomar y en un plazo de tres meses a partir del momento en que se efectúe la notificación, la Comisión verificará si dichas medidas se ajustan al Derecho Comunitario y las comunicará a los demás Estados miembros. Son precisamente estas últimas decisiones de la Comisión en relación con acontecimientos deportivos que deben transmitirse por televisión en abierto en Bélgica, Irlanda del Norte o Gran Bretaña, las recurridas ante el Tribunal de Justicia por la FIFA y la UEFA, en la medida que son competiciones que ellas organizan, como, por ejemplo, el campeonato mundial o el de Europa de fútbol.

El Tribunal de Justicia rechaza en su totalidad los recursos. Al respecto, por ejemplo, la FIFA niega la legalidad de la Decisión impugnada de la Comisión por entender que no respeta las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento en la medida en que la Comisión aprobó la inclusión de todos los partidos del mundial en la lista de acontecimientos de gran importancia para la sociedad belga. Según la FIFA, estos partidos no encajan en dicha calificación, de modo que la restricción a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento es desproporcionada. Ahora bien, el Tribunal de Justicia razona que las alegaciones formu-

ladas para fundamentar el motivo basado en la infracción del artículo 49 CE adolecen de confusión entre, por una parte, la gran importancia que reviste un acontecimiento para la sociedad —primer requisito que éste debe cumplir y que constituye la razón imperiosa de interés general que justifica la restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado— y, por otra parte, la proporcionalidad de la restricción en cuestión —la cual constituye un segundo requisito que, para ser compatible con el Derecho comunitario, debe cumplir la normativa nacional que restrinja tal libertad—. A este respecto basta señalar que, tal como se desprende del análisis realizado, la Copa del Mundo puede ser considerada válidamente, en su conjunto, un acontecimiento de gran importancia para la sociedad belga, puesto que los índices de audiencia relativos a los partidos lo confirman. Es necesario, pues, señalar que la imputación de que la lista controvertida sólo respondería a las exigencias de la proporcionalidad si comprendiera exclusivamente algunos partidos, por ser éstos los únicos que revisten gran importancia para la sociedad belga, parte, en cualquier caso, de una premisa errónea. Por consiguiente, esta imputación no invalida la conclusión de la Comisión acerca del carácter proporcionado de la inclusión de la totalidad de los partidos de la Copa del Mundo en la lista de acontecimientos de gran importancia para la sociedad belga.

B) Corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el control jurisdiccional de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva

La **STS de 4 de noviembre de 2010,** Ar. 7914, resuelve la cuestión de competencia negativa entre el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 4 y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en relación con el órgano jurisdiccional competente del recurso interpuesto por el «CÁDIZ SAD» contra la resolución del Comité de Disciplina Deportiva que rechaza la reclamación formulada por el Club recurrente por alineación indebida de un jugador del Hércules SAD en el partido de fútbol disputado el 15 de junio de 2008, correspondiente al Campeonato de Segunda División, entre el Hércules y el Cádiz, que concluyó con el resultado de 1-1.

Al efecto el Tribunal Supremo recuerda que la disposición final segunda de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, introdujo una modificación en el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la cual, en su apartado f) se atribuye a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento «en única o primera instancia de las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva, en materia de disciplina deportiva». En el caso de autos, los actos impugnados se dictaron tras la entrada en vigor de la mencionada reforma, y tratándose de materia de disciplina deportiva, es de aplicación el citado artículo 9.f), que atribuye pues, con carácter general, a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva, en materia de disciplina deportiva.

En relación con las consideraciones que el Ministerio Fiscal realiza en su informe, así como la alusión que realiza el Tribunal Superior de Justicia a los asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, el Tribunal Supremo señala que la atribución competencial a

los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo es de carácter general respecto al conocimiento de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva, en materia de disciplina deportiva, sin que pueda deducirse de él que se refiera exclusivamente a los asuntos relativos al dopaje. Tras la reforma introducida por la LO 7/2006, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocerán de todas las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva, en materia de disciplina deportiva, según lo dispuesto en el artículo 9.f) LJCA, si bien aquellas dictadas en asuntos de dopaje se tramitarán por el procedimiento abreviado, como preceptúa el nuevo artículo 78.1 LJ introducido por la misma LO/2006.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Diferente posición de interesados en un procedimiento para Profesor Titular de Universidad

La **STS de 14 de junio de 2010**, Ar. 5671, resuelve un recurso planteado en el seno de un procedimiento selectivo convocado por una Universidad para cubrir una plaza de Profesor Titular en el que se discute, de entrada, la posible extemporaneidad de la impugnación de la resolución de nombramiento de la Comisión juzgadora del concurso. Y, a estos efectos, es interesante la distinción que se formula en esta sentencia entre: a) los interesados que han solicitado tomar parte en el proceso selectivo (los concursantes o aspirantes), para los que tal acuerdo no tiene carácter definitivo y, para los que la disposición reglamentaria reguladora del procedimiento establece un plazo de reclamación (que no es un recurso de reposición, técnicamente) de 15 días, y b) otros interesados (como era el caso de los recurrentes), profesores del Departamento no participantes en el proceso selectivo como concursantes, que entendían ilegalmente nombrada la Comisión (y cuya pretensión era, precisamente, formar parte de ella), para los que tal acto sí pone fin al procedimiento y contra el cual cabe recurso de reposición en el plazo establecido en el art. 117.1 LRJPAC.

4. EXTRANJEROS

A) Ilegalidad parcial del Reglamento de entrada, libre circulación y residencia de extranjeros en España

La **STS de 1 de junio de 2010**, Ar. 5470, resuelve un recurso directo contra el RD 240/2004, de 16 de febrero, planteado fundamentalmente en contraste con lo dispuesto por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que algunas de sus disposiciones no son acordes con la norma comunitaria y, en consecuencia, las anula. Hay un voto particular (de la que había sido designada ponente, inicialmente) que discrepa a partir de un entendimiento distinto del margen de apreciación que las directivas dejan a los Estados para su desarrollo o incorporación al ordenamiento propio.

B) Permiso de residencia y trabajo

En el ámbito de la Unión Europea se producen situaciones cada vez más complejas que, en ocasiones, requieren la intervención del Tribunal de Luxemburgo para una correcta aplicación de las consecuencias —directas e indirectas— derivadas del *status* que constituye la «ciudadanía europea». Así sucede en el caso del que se ocupa la **STJ de 8 de marzo de 2011**, *As. Ruiz Zambrano*, C-34/09, en el que se plantea el alcance que, para el padre de un menor que ha adquirido la nacionalidad de un Estado miembro (el menor, se entiende), tiene la ciudadanía europea que le va pareja a su nacionalidad, cuando aquel (el padre) no la tiene sino que es ciudadano de un país tercero. Y más concretamente, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal du Travail de Bruselas requiere saber, en lo esencial, si las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la ciudadanía de la Unión deben interpretarse en el sentido de que confieren al ascendiente (colombiano) que asume la manutención de sus hijos de corta edad (nacionales belgas) un derecho de residencia en el Estado miembro del que los menores son nacionales y en el que el padre reside, así como a una exención del permiso de trabajo en dicho Estado miembro.

Para resolver la cuestión, el Tribunal de Luxemburgo recuerda, en primer lugar, que el art. 20 TFUE confiere el estatuto de ciudadano a toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y que los requisitos de adquisición de ésta son competencia del Estado miembro de que se trata. Recuerda también que, como ha señalado en diversas ocasiones anteriores, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los Estados miembros. En consecuencia, el mencionado precepto se opone a medidas nacionales que tengan por efecto privar a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de los derechos conferidos por su estatuto de ciudadano de la Unión. Aplicado al caso concreto de que se trataba, el Tribunal interpretará que la negativa a conceder un permiso de residencia y un permiso de trabajo a una persona nacional de un Estado tercero que reside en el Estado miembro en el que residen sus hijos de corta edad, nacionales de dicho Estado miembro, cuya manutención asume, tendrá el mencionado efecto de negar el disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión.

C) Denegación de entrada y expulsión

Una muy reciente e importante intervención del Tribunal de Luxemburgo ha resuelto, por el procedimiento de urgencia (previsto en el art. 104 ter del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia), una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Trento, en el caso de un nacional de un tercer Estado que había entrado irregularmente en Italia, sobre el que pesaba una orden de expulsión y que, incumplida ésta, fue detenido y condenado (por este solo hecho de no haber abandonado el país) a la pena de un año de prisión. Se trata de la **STJ de 28 de abril de 2011**, *As. Dridi*, C-61/11 PPU. Más concretamente, el Tribunal remitente pregunta si la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un

Estado que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

No procede recoger aquí la prolija argumentación desplegada por el Tribunal de Justicia, pero la interpretación final será que la mencionada Directiva, y en particular sus arts. 15 y 16 (medidas de internamiento) se oponen a una normativa como la italiana que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada y con infracción de una orden de salida.

D) Asilo y condición de refugiado

En este apartado, tan numeroso en otras ocasiones, sólo citaremos hoy la **STS de 16 de junio de 2010**, Ar. 5728, que otorga el asilo al solicitante, natural de Guinea Ecuatorial, miembro del grupo étnico bubi y sobrino del que fue coordinador general del movimiento para la autodeterminación de la Isla de Bioko (también aislado político en España). Y lo hace, frente a la denegación inicial, al entender que existen los *indicios* necesarios que avalan la existencia de una persecución política personal y directa.

E) Nacionalidad

En relación con el tan decisivo requisito de la buena conducta cívica, durante este período encontramos algunas sentencias que, frente a determinadas circunstancias desfavorables para el solicitante (normalmente «compensadas» con otras claramente favorables), optan por considerar improcedente la denegación y, en consecuencia, otorgan la nacionalidad española solicitada. Así, no se considera un obstáculo insalvable la existencia de unas diligencias previas sobreseídas y archivadas (**STS de 3 de marzo de 2010**, Ar. 4172); una denuncia por malos tratos a las esposa seguida de una sentencia absolutoria (**SSTS de 19 de marzo de 2010**, Ar. 4444, **de 24 abril de 2010**, Ar. 4749 **y de 14 de mayo de 2010**, Ar. 5060); una denuncia por hurto archivada el mismo día de su recepción por el Juzgado de Instrucción (**STS de 26 de mayo de 2010**, Ar. 5420); una condena penal aislada, por una falta contra el orden público consistente en carecer de seguro obligatorio de responsabilidad civil para su actividad de restaurante (**STS de 8 de junio de 2010**, Ar. 5316) o por una falta de lesiones (**STS de 16 de junio de 2010**, Ar. 5719).

Se deniega, en cambio, cuando el recurrente, al tiempo de solicitar la nacionalidad y de adoptarse la resolución administrativa al respecto, se encontraba incurso en un procedimiento penal por un delito contra la salud pública y sujeto a diversas medidas cautelares, entre ellas la de libertad provisional con fianza (**STS de 27 de abril de 2010**, Ar. 4740).

En fin, la **STS de 1 de junio de 2010**, Ar. 5434, reitera la conocida doctrina consistente en que para la adquisición de la nacionalidad por residencia es el solicitante el que corre con el *onus probandi* de que tal residencia ha sido legal, continuada y anterior, por lo que su ausencia justifica su denegación.

5. JUEGO

A) ¿La naturaleza del dinero que por el juego de las quinielas recibe un club o SAD de fútbol de la ONLAE es una subvención o una contraprestación a efectos de liquidación del IVA?

La **STS de 10 de marzo de 2011**, Ar. 2057, señala que la inclusión de los nombres de los Clubes deportivos en las quinielas de fútbol cumplen el objetivo de permitir dichas apuestas ya que sin ello no podrían realizarse o deberían hacerse utilizando otros criterios distintos a los de los resultados de los encuentros futbolísticos. Y desde esta perspectiva es como debe analizarse la participación de los clubes deportivos en el resultado de las quinielas. Desde esta óptica tal participación no se refiere única y exclusivamente a la cesión del nombre de los clubes deportivos, que es utilizada por el ONLAE sin contrato específico para su utilización (que es lo que podría ser considerado como una prestación de servicios a efectos tributarios con arreglo al artículo 4.Uno.11 de la Ley 37/1992) sino que se trata de algo bien distinto y más complejo, toda vez que no existe propiamente contraprestación por una hipotética prestación de servicios consistente en la cesión del nombre, sino una subvención o dotación global para los Clubes de fútbol distribuida entre ellos con arreglo a criterios objetivos por la Liga Nacional de Fútbol Profesional y derivada directamente de la norma que la regula, no de un hipotético contrato entre el ONLAE y los Clubes de fútbol; o dicho de otro modo, la ausencia de cualquier tipo de acuerdo o negocio contractual entre el ONLAE y los clubes de fútbol impide hablar de voluntariedad en la cesión del nombre o de la prestación de servicios, que es justamente lo que constituye el hecho imponible en el IVA.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Este requisito vuelve a ocuparnos en esta crónica y la primera sentencia que hay que mencionar es una del Tribunal Constitucional. Así, la **STC 37/2011, de 28 de marzo**, se produce en el marco de una reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria, pero se refiere, obviamente, a los derechos fundamentales en juego y no, estrictamente, a si correspondía o no la indemnización reclamada. Los hechos de los que parte el Alto Tribunal son los siguientes: el recurrente ingresó en el servicio de urgencia de una clínica con un dolor precordial, siendo sometido al día siguiente a un cateterismo cardiaco por vía radial derecha, sin que se le informara previamente de las posibles consecuencias de la intervención ni se obtuviera su consentimiento para la práctica de la misma; posteriormente, la mano derecha evolucionó negativamente hasta sufrir su pérdida funcional total. Aquí nos interesa la conexión que realiza la sentencia entre el consentimiento informado y el derecho a la integridad física y moral que garantiza el art. 15 CE (FJ 5):

> «El art. 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral.
>
> (…).

Evidentemente, las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que éste tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho dentro de ese ámbito, cohonestándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica. Y es que, como señalamos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8, la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación. En lo que aquí interesa, esa garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo, se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada. De ahí que el legislador deba establecer (…) los mecanismos adecuados para la prestación del consentimiento del sujeto que se ha de ver sometido a una intervención médica, así como los supuestos que, desde una perspectiva constitucional permitirían prescindir del mismo, teniendo siempre presente, de una parte «que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (…), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" (…), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" (…) y ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone" (…) y, en todo caso, respetar su [contenido] esencial (…), si tal derecho aún puede ejercerse» (…).

(…).

«De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (…), y también por este Tribunal (…).

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la priva-

> ción de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.
>
> La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental».

Y varias sentencias más del Tribunal Supremo reiteran su conocida interpretación consistente en que la ausencia del debido consentimiento informado constituye *per se* (y al margen de toda consideración a efectos de responsabilidad patrimonial) un incumplimiento de la *lex artis* (**SSTS de 9 de marzo de 2010**, Ar. 4211; **de 25 de marzo de 2010**, Ar. 4544; **de 6 de abril de 2010**, Ar. 4590; **de 4 de mayo de 2010**, Ar. 4780, **y de 9 de junio de 2010**, Ar. 5583).

En fin, también relacionado con el consentimiento informado, pero desde otra perspectiva, la **STS de 4 de junio de 2010**, Ar. 5508, considera que la negativa previa (unos años antes) del recurrente al sometimiento a unas pruebas diagnósticas —lícitamente, eso sí, pues «en el marco de la autonomía del paciente éste es responsable de adoptar las decisiones que repute oportunas en orden a la realización o no de pruebas médicas para descartar eventuales enfermedades cuando se presentan síntomas de entidad y son recomendadas por el médico de cabecera o por el especialista»—, rompe sin embargo el nexo de causalidad a efectos reparatorios.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Jurisdicción: la Jurisdicción contencioso-administrativa no conoce del recurso interpuesto contra el Acuerdo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el que se disponía que el nombre de dominio X fuera transferido.

B) Competencia.

a) No puede haber pronunciamiento sobre la prescripción al considerarse incompetente la Sala para conocer del incidente de ejecución de sentencia interpuesto por la recurrente, que no acudió al órgano competente de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

b) La competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo viene determinada por el acto impugnado directamente y no por las normas impugnadas indirectamente.

c) Juzgados Centrales.

a') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos contra una resolución del Comité de Disciplina Deportiva desestimatoria del recurso interpuesto contra una sanción impuesta por el Comité de Competición de la Real Federación Española de Fútbol.

b') Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocen del recurso contra un acto de la Dirección General de la Marina Mercante que acuerda el archivo de un expediente administrativo sancionador referente a una multa por importe inferior a 60.000 euros.

d) Tribunales Superiores de Justicia.

a') El Tribunal Superior de Justicia conoce de los recursos contra una Resolución del Director de Expropiaciones de ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias).

b') El Tribunal Superior de Justicia conoce de los recursos contra la denegación de acceso por parte de la Guardia Civil al recinto del Valle de los Caídos.

c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra los escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública por los que se deniegan las peticiones sobre reclasificación de determinados Cuerpos y Escalas.

C) Sujetos.

a) Legitimación.

a') El hecho de que el Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, contemple la adopción de medidas de prevención en centros en que trabaje personal civil, determina la necesidad de oír a las organizaciones sindicales afectadas.

b') Los criterios de delimitación de la relación material unívoca entre el sujeto y el objeto excluyen la persecución de fines genéricos de contenido moral.

D) Objeto: alcance del control judicial del ejercicio de la actividad reglamentaria ejecutiva.

E) Procedimiento.

a) Cuestión prejudicial: naturaleza y competencia.

b) El ejercicio del derecho de gracia de indulto no se realiza en un proceso judicial, sino en un procedimiento administrativo controlable en vía jurisdiccional exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere.

c) Para la prosperabilidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial no puede exigirse como requisito la impugnación de los actos de liquidación tributaria, cuando está pendiente de dictarse la sentencia que declara o no la existencia de la infracción del derecho comunitario por el Estado español.

d) No cabe considerar incumplido el requisito de previa audiencia al titular registral de la finca cuando la anotación preventiva se acuerda únicamente respecto de fincas inscritas a nombre de la entidad que postula la medida cautelar, sin que la medida afecte a fincas de las que es titular la parte demandada.

F) Ejecución de sentencia.

a) El tiempo transcurrido desde la sentencia hasta la ejecución no puede convertirse en razón que justifique el incumplimiento de lo fallado.

b) El hecho de que el recurrente fuera condenado por un delito de falsificación del título habilitante para el ejercicio de las funciones profesionales es una cuestión distinta a la debatida en el recurso contencioso-administrativo.

G) Extensión de efectos: lo extendido no es la doctrina contenida en la sentencia referida en el escrito inicial, sino el fallo que en ella se dicta, lo que impide que la extensión de efectos pueda fundarse en una sentencia distinta de la invocada.

H) Medidas cautelares.

a) La suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal, por lo que, dictada ésta, el recurso carece de objeto.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Admisión: no es recurrible en casación aquella sentencia del Tribunal Superior de Justicia dictada en un asunto de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

B) Motivos.

a) La incorporación al proceso —en fase casacional— de sentencias posteriores y firmes en las que se reconoce como hecho probado la existencia de una relación de causalidad entre un atentado y las lesiones sufridas por la reclamante, determina el reconocimiento de la relación de causalidad.

b) No le corresponde al Tribunal de casación la función de revisar el alcance o trascendencia que la Sala de instancia haya atribuido a un concreto elemento de juicio o de prueba si su valoración nada tiene de ilógica, irracional o absurda.

C) Sentencias: en materia de derechos fundamentales los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Supremo constituyen jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 junio de 2010 al 1 de octubre de 2010, entre los que merecen ser destacados los relativos a la competencia, la legitimación y a la incorporación al proceso —en fase casacional— de sentencias posteriores y firmes en las que se reconocen hechos probados.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: la Jurisdicción contencioso-administrativa no conoce del recurso interpuesto contra el Acuerdo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el que se disponía que el nombre de dominio X fuera transferido

Según la **STS de 4 de junio de 2010** (ROJ: STS 2774/2010), el recurso contencioso- administrativo no se dirigió contra una decisión adoptada por la entidad pública empresarial sino contra un acto previo a aquélla, emanado de un «experto» del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, organismo especializado de la Organización de Naciones Unidas. Ni la OMPI es una Administración cuyas decisiones sean revisables por los órganos jurisdiccionales españoles ni la adoptada en este supuesto por el experto o panelista del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI reviste el carácter de acto administrativo impugnable ante esta jurisdicción. Consideraciones que serían igualmente aplicables si la resolución extrajudicial que pone término al procedimiento de controversia descrito en el primero de los fundamentos jurídicos de esta sentencia procediera de cualquier otro de los «proveedores de servicios de solución extrajudicial de conflictos» acreditados por la entidad pública empresarial.

Las resoluciones extrajudiciales de los referidos «proveedores de servicios» que ponen fin a un conflicto o controversia sobre nombres de dominio, suscitada entre dos partes privadas (en este caso, la Asociación Cultural X, por un lado, y la Federación Nacional Y, por otro) no constituyen, en cuanto tales, actos administrativos de los comprendidos en el artículo 1 de la Ley Jurisdiccional. No puede, pues, la parte desfavorecida por la resolución extrajudicial, impugnarla directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa y si

lo hiciera, procede que los órganos de ésta inadmitan el recurso, como bien hizo en este supuesto la Sala de instancia.

Cosa distinta es que se hubiera recurrido la ulterior decisión de «Z.es» que haga suyo e incorpore el contenido de la resolución extrajudicial. Éste era precisamente el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia a la que se refiere la recurrente. Como ella misma se ve obligada a reconocer, en aquel supuesto «la resolución la dictó directamente la entidad demandada», mientras que ahora «la dicta el proveedor de servicios» de «Z.es». La diferencia no es irrelevante, según parece entender la actora, pues: a) sin decisión de «Z.es» no hay propiamente aún acto atribuible a la entidad pública empresarial y b) la falta de dicho acto significa que la citada entidad pública no puede ser llamada al proceso para defender un acto que todavía no ha dictado. El debate procesal se plantearía, pues, en ausencia de una Administración y —como aquí ha ocurrido— sólo entre dos partes privadas.

Todas las alegaciones del primer motivo sobre la competencia de «Z.es» para la asignación de nombres de dominio o sobre el pago de la tasa (que ya no es tal sino contraprestación pecuniaria con la consideración de precio público, a tenor del artículo 8 de la Ley 56/2007) resultan desenfocadas cuando lo impugnado no ha sido ningún acto adoptado por aquella entidad sino una resolución previa emitida por un tercero que no es Administración Pública. Así las cosas, el Alto Tribunal considera que la Sala de instancia acertó al declarar su falta de jurisdicción para conocer del recurso planteado directamente frente a la decisión del experto de la OMPI. En esa misma medida, no vulneró el artículo 24 de la Constitución pues la tutela judicial efectiva ha de solicitarse del órgano jurisdiccional competente, no de quien no tiene jurisdicción. La Sala de instancia, también correctamente, indicó al recurrente que correspondía a los órganos judiciales civiles (aunque sobre este punto haremos algunas precisiones ulteriores) conocer de las pretensiones deducidas por la Asociación cultural recurrente.

Los «pronunciamientos judiciales» que inhiben la vinculación de «Z.es» no son sino los litigios civiles que los sujetos de la controversia hasta entonces extrajudicial puedan plantear ante los órganos de la jurisdicción civil. Aquel apartado de la Orden no puede ser interpretado como norma que abra la posibilidad de que la decisión del «proveedor del servicios de resolución extrajudicial» sea impugnada de modo directo ante la jurisdicción contencioso- administrativa. Precisamente porque la decisión que resuelve la controversia no tiene carácter administrativo atribuible a un órgano español de esta naturaleza, puede suscitarse sobre su contenido litigio ante los juzgados del orden jurisdiccional civil, con el efecto añadido de evitar la vinculación de «Z.es» a ella.

No puede la Sala pronunciarse sobre qué orden jurisdiccional sería competente en la hipótesis de que «Z.es» hubiera dictado el acto posterior a la resolución de la controversia por el experto. Quien ahora recurre parte de la premisa de que dicho acto sería susceptible de recurso contencioso-administrativo y sin duda tiene razones a su favor para sostenerlo. Existen, no obstante, otros argumentos que podrían aducirse en sentido contrario para mantener que el registro de nombres de dominio no supone un actuación mediante la que la entidad pública empresarial «Z.es», aun calificada como autoridad de asignación, ejerza funciones objetivamente administrativas sino meramente atribuciones que le han sido confiadas por una corporación privada. Sin necesidad de avanzar ahora una solución —pues, se insiste, en este caso no ha habido resolución de «Z.es» ni la entidad pública ha intervenido en el proceso— la cuestión podrá requerir en el futuro un pronunciamiento de la Sala si

se llega a plantear un recurso contra un acto adoptado por aquélla. En todo caso la solución vendrá dada por la aplicación de las normas de rango legal que atribuyen la competencia a cada orden jurisdiccional y no por meras instrucciones de algún órgano directivo de la entidad pública empresarial.

Por otra parte, el sistema de resolución extrajudicial de conflictos establecido en la Disposición Adicional Única de la Orden ITC 1542/2005 (que ulteriormente vino a desarrollar la Instrucción del Director General de «Z.es» de 7 de noviembre de 2005, invocada en el motivo) no puede, sin embargo, ser asimilado a un arbitraje en el sentido de la Ley 60/2003. Basta para excluir este carácter la consideración de que las controversias sujetas a aquel sistema pueden ser sometidas a la decisión de un juez, no vinculado por la eventual decisión de los supuestos «árbitros», y que el órgano jurisdiccional podrá resolverlas en toda su extensión, esto es, entrando en el fondo de las cuestiones debatidas sin ninguna restricción derivada del contenido de lo resuelto por el «proveedor de servicios de resolución extrajudicial». El sistema previsto en la Disposición Adicional Única de la Orden ITC 1542/2005, en la misma línea que los instaurados por la ICANN, trata sólo de facilitar a los interesados (titulares de nombres de dominio y personas afectadas por la inscripción de éstos) un mecanismo rápido de resolución extrajudicial de diferencias que no impide, antes permite, la intervención judicial plena para resolverlas, si aquéllos acuden a los tribunales en demanda de su intervención dirimente. No se trata, pues, de un sistema arbitral que por su propia naturaleza sustituye e inhibe la intervención judicial (a salvo las acciones de nulidad o revisión excepcionales). Esta conclusión se impone desde la perspectiva del derecho español y es asimismo compartida por el propio Centro de la OMPI. El artículo 23 del Reglamento del procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos para nombres de dominio bajo el código del país correspondiente a España («es») expresamente admite la posibilidad de que las partes de la controversia inicien «un procedimiento judicial ante un juzgado competente» y subordina el resultado final de aquélla a lo que disponga el órgano judicial, incluso cuando ha recaído decisión del «proveedor de servicios de resolución extrajudicial».

En este mismo sentido, las decisiones emitidas por los expertos del Centro de la OMPI, en cuanto proveedores de servicios de resolución extrajudicial para la resolución de controversias sobre nombres de dominio, no son consideradas por aquél laudos arbitrales. Baste a estos efectos, entre otras, la cita de la emitida el 15 de agosto de 2000 en la que se afirma que su actuación no «consiste en un arbitraje ni la decisión del panel produce efectos de cosa juzgada por lo que no cierra las puertas al posterior arbitraje o el recurso a los tribunales». A los efectos que aquí importan, es indiferente que aquella decisión fuera pronunciada por el Centro de la OMPI en el seno de una controversia sobre un nombre de dominio de primer nivel genérico y no geográfico.

B) Competencia

a) No puede haber pronunciamiento sobre la prescripción al considerarse incompetente la Sala para conocer del incidente de ejecución de sentencia interpuesto por la recurrente, que no acudió al órgano competente de la Jurisdicción contencioso-administrativa

La **STS de 15 de julio de 2010** (ROJ: STS 4109/2010) analiza un supuesto en el que la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso porque la parte recurrente ignoró com-

pletamente en el escrito de demanda el contenido de la resolución del TEAC que inadmitió la reclamación económico-administrativa al entender que carecía de competencia para conocer del incidente de ejecución interpuesto.

Confirma la Sala Tercera el criterio de la sentencia recurrida y afirma que mal podía pronunciarse sobre la prescripción al considerarse incompetente para conocer del incidente de ejecución de sentencia interpuesto por la recurrente, que no acudió al órgano competente de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sala analiza el único motivo del recurso referido a la prescripción y lo rechaza porque la interposición y tramitación del recurso de casación impedía el transcurso del plazo de prescripción pues la Administración no podía proceder a la liquidación definitiva de intereses hasta que se dictase sentencia firme que pusiese fin al recurso contencioso-administrativo.

b) La competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo viene determinada por el acto impugnado directamente y no por las normas impugnadas indirectamente

La **STS de 8 de julio de 2010** (ROJ: STS 3885/2010) analiza un supuesto en el que el acto objeto de recurso se incluye entre los que la LJCA atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, sin que obste a esta conclusión el que con ocasión del recurso contra los anteriores actos se haya llevado a cabo una impugnación indirecta de normas de planeamiento, como alega el recurrente en queja, dado que la competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo viene determinada por el acto impugnado directamente y no por las normas impugnadas indirectamente.

c) Juzgados Centrales

a') Los Juzgados Centrales conocen de los recursos contra una resolución del Comité de Disciplina Deportiva desestimatoria del recurso interpuesto contra una sanción impuesta por el Comité de Competición de la Real Federación Española de Fútbol

La **STS de 17 de junio de 2010** (ROJ: STS 3394/2010) resuelve en la cuestión negativa de competencia suscitada entre un Juzgado Central y un TSJ en relación con el recurso contencioso-administrativo promovido contra resolución del Comité de Disciplina Deportiva desestimatoria del recurso interpuesto contra una sanción originariamente impuesta por el Comité de Competición de la Real Federación Española de Fútbol.

El Alto Tribunal acuerda que la competencia le corresponde al Juzgado Central al considerar que la modificación del artículo de la LJCA que regula la competencia de los Juzgados Centrales operada por la Ley de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, atribuye a dichos Juzgados Centrales competencia sobre las resoluciones dictadas, en vía de fiscalización, por el Comité Español de Disciplina Deportiva, en materia de disciplina deportiva, sin que de dicha modificación se pueda deducir que se refiera exclusivamente a los asuntos relativos al dopaje. Tras la reforma introducida por la LO 7/2006, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocerán de las resoluciones del Comité Español de Disciplina Deportiva, en materia de disciplina deportiva,

según lo dispuesto en el artículo 9.f) LJCA, si bien aquellas dictadas en asuntos de dopaje se tramitarán por el procedimiento abreviado.

b') Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocen del recurso contra un acto de la Dirección General de la Marina Mercante que acuerda el archivo de un expediente administrativo sancionador referente a una multa por importe inferior a 60.000 euros

La **STS de 1 de julio de 2010** (ROJ: STS 3727/2010) analiza la impugnación de un acto procedente de la Dirección General de la Marina Mercante, por el cual se acuerda el archivo de un expediente administrativo sancionador y, al no haber prescrito la infracción, que se proceda a la iniciación de un nuevo expediente. En el recurso de alzada interpuesto se cuestionaba exclusivamente el mantenimiento de la garantía, por el importe de 30.000 euros, que se corresponde con la multa propuesta inicialmente por el instructor del expediente. El Alto Tribunal concluye que nos encontramos ante un acto de un órgano central de la Administración del Estado —la Dirección General de la Marina Mercante— dictado en un procedimiento sancionador referente a una multa por importe inferior a 60.000 euros, y que, por tanto, se encuentra dentro de la previsión del artículo 9.b) LJCA, correspondiendo la competencia para conocer del recurso interpuesto contra dicho acto a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

d) Tribunales Superiores de Justicia

a') El Tribunal Superior de Justicia conoce de los recursos contra una Resolución del Director de Expropiaciones de ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias)

La **STS de 17 de junio de 2010** (ROJ: STS 3391/2010) resuelve la cuestión de competencia negativa entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso interpuesto contra un Acuerdo del Director de Expropiaciones de ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) que declara no haber lugar a acceder a la solicitud de entrega de copia de un estudio derivado del contrato de consultoría y asistencia para la realización del estudio de vibraciones y del estudio geológico minero que definirán y valorarán las reservas de una concesión de explotación minera, y asimismo deniega la paralización de actuaciones expropiatorias.

El TS recuerda que ADIF es un organismo público con personalidad jurídica propia y competencia en todo el territorio nacional adscrito al Ministerio de Fomento, si bien el asunto litigioso se refiere a un procedimiento expropiatorio, pues el acto recurrido ha sido dictado como consecuencia de una solicitud de entrega de un informe y paralización de actuaciones expropiatorias en el expediente de expropiación 7 relativo a la ejecución de las obras del proyecto de construcción de plataforma del Corredor Norte-Noroeste de Alta Velocidad, lo que excluye la aplicación de la regla de competencia prevista en el artículo 9.c) LJCA por remisión a la letra i) del apartado 1 del artículo 10, correspondiendo la competencia al TSJ de Madrid, sede del órgano autor del acto.

b') El Tribunal Superior de Justicia conoce de los recursos contra la denegación de acceso por parte de la Guardia Civil al recinto del Valle de los Caídos

La **STS de 1 de julio de 2010** (ROJ: STS 3754/2010) resuelve la cuestión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, el Juzgado Central de lo Contencioso y la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra vía de hecho consistente en la denegación de acceso por parte de la Guardia Civil al recinto del Valle de los Caídos.

El Juzgado se niega a conocer del asunto por entender que se trata de una vía de hecho por vulneración de derechos y libertades públicas, por parte de Patrimonio Nacional, que se configura como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, por lo que sería aplicable el artículo 9.c) LJCA.

El Juzgado Central considera que la actuación impugnada, materializada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, fue ordenada por el Delegado del Gobierno en Madrid, actuación cuyo conocimiento corresponde a la Sala del TSJ de Madrid, por aplicación del artículo 10.1.k) LJCA.

El Tribunal Superior entiende, por su parte, que el dispositivo de la Guardia Civil que impidió el acceso a los recurrentes a la Basílica del Valle de los Caídos fue a instancias de Patrimonio del Estado, que se configura como una Entidad de Derecho Público y, por tanto, la competencia correspondería a los Juzgados Centrales.

El Alto Tribunal entiende que la competencia es del Tribunal Superior de Justicia, conforme al artículo 10.1.k) LJCA al impugnarse la vía de hecho y una actuación administrativa no atribuida expresamente a la competencia de un órgano de esta Jurisdicción.

c') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra los escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública por los que se deniegan las peticiones sobre reclasificación de determinados Cuerpos y Escalas

La **STS de 30 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 5204/2010) resuelve una cuestión negativa de competencia suscitada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y la Sala de lo Contencioso-Administrativo de TSJ en relación con una Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que declara inadmisibles los recursos de alzada interpuestos contra diversos escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública por los que se deniegan las peticiones sobre reclasificación de determinados Cuerpos y Escalas.

Como quiera que la actuación originariamente impugnada resulta claramente catalogable como cuestión de personal y procede de la Dirección General de la Función Pública, órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado, la competencia corresponde a la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, *ex* artículo 10.1.i) de la LJCA.

Por otra parte, la declaración de inadmisibilidad de un recurso administrativo resulta equiparable a su desestimación a los solos efectos procesales y, en concreto, para la determinación del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento.

C) Sujetos

a) Legitimación

a') El hecho de que el Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, contemple la adopción de medidas de prevención en centros en que trabaje personal civil, determina la necesidad de oír a las organizaciones sindicales afectadas

La **STS de 13 de julio de 2010** (ROJ: STS 4268/2010) analiza la impugnación de la disposición, del Real Decreto de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, que contempla la existencia de un único servicio de prevención en aquellos centros de trabajo en que convivan personal civil y militar.

En este litigio entiende la parte recurrente que, al poder participar personal civil en los servicios de prevención, se debería haber otorgado audiencia a los sindicatos más representativos. Tras estimar concurrente legitimación activa por parte de la entidad sindical recurrente, habida cuenta de la afección a sus miembros de la disposición impugnada, la Sala aprecia que, si bien las leyes que rigen los derechos de participación de los funcionarios públicos no rigen en el ámbito militar, el hecho de que el Real Decreto contemple la adopción de medidas de prevención en centros en que trabaje personal civil, demandaba oír a las organizaciones sindicales afectadas.

El defensor de la Administración del Estado considera que «la parte demandante invoca, sin más los preceptos y los apartados transcritos pero no dice absolutamente nada sobre los derechos e intereses colectivos que, en cuanto sindicato, defiende en este caso», y con la apoyatura jurídica de sentencias de diecinueve de diciembre de dos mil ocho y veintinueve de enero de dos mil nueve y veinte de febrero de dos mil ocho que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 70/1982, 97/1991, 210/1994 y 101/1996, entiende que no existe un vínculo especial y concreto entre el referido sindicato y el objeto del debate en el pleito, en cuanto que se trata de una norma dirigida a funcionarios que están excluidos del derecho a la libre sindicación en virtud de sus disposiciones estatutarias. La Sala recuerda la doctrina constitucional en estos supuestos:

El Tribunal Constitucional ha venido a fijar cuatro premisas en esta materia, que se desprenden de las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional 7/2001, de quince de enero, 24/2001, de veintinueve de enero, y 84/2001, de veintiséis de marzo. Se concretan aquellas en las siguientes: 1) las viejas reglas de la Ley Jurisdiccional de mil novecientos cincuenta y seis —el interés directo de su artículo 28.1.a)— deben ser sustituida por la noción de interés legítimo del artículo 24.1 de la Constitución [hoy ya recogida en el artículo 19.1.b)] de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de trece de julio de mil novecientos noventa y ocho, entendida según la teoría general, esto es, como ventaja o utilidad que obtendría el recurrente en caso de prosperar la pretensión ejercitada; 2) que los Sindicatos, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución como por obra de los Tratados internacionales suscritos con España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general; 3) que, sin embargo, respecto de la legitimación

procesal esa capacidad abstracta de los sindicatos debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ya que la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad, y 4) en el orden contencioso-administrativo, ese vínculo, entendido como aptitud para ser parte en un proceso concreto o *legitimatio ad causam*, ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico.

Pues bien, partiendo de la lectura de la demanda, la Sala aprecia que el artículo 2 de la Disposición impugnada afecta a los miembros del sindicato recurrente al establecer en los centros de trabajo donde conviva personal militar y civil un único servicio de prevención a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y del personal.

b') Los criterios de delimitación de la relación material unívoca entre el sujeto y el objeto excluyen la persecución de fines genéricos de contenido moral

La **STS de 15 de julio de 2010** (ROJ: STS 4050/2010) nos recuerda una Sentencia del Pleno de esta Sala de 31 de mayo de 2006 en la que se dice que la legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en el proceso contencioso-administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, Sentencias de 11 de febrero de 2003, recurso 53/2000, 6 de abril de 2004 y 23 de abril de 2005, recurso 6154/2002), una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (por todas, en SSTC 197/1988, 99/1989, 91/1995, 129/1995, 123/1996 y 129/2001, entre otras), pudiéndose concretar algunos criterios interpretativos de la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:

«a) La importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.

b) Ese interés legítimo, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, puede prescindir de las notas de personal y directo y al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, éste no sólo es más amplio que aquél y también es autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona, esto es, verse afectado por el acto o resolución impugnada.

c) La genérica legitimación en la Ley Jurisdiccional que se establece a favor de corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos y la legitimación que no ampara el puro interés por la legalidad, salvo en los limitados casos de la acción popular.

d) Esta Sala, en Auto de 21 de noviembre de 1997, ya declaró la imposibilidad de reconocer el interés legitimador cuando resultaba únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativos.

e) Es cierto que debe mantenerse un criterio interpretativo de los requisitos de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo acorde al principio *pro actione*, de manera no formalista y de forma favorable a la producción del efecto perseguido por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos a que responde el artículo 24.1 de la Constitución, pero también hay que considerar la reiterada jurisprudencia constitucional que señala cómo el derecho prestacional de la tutela ha de sujetarse al plano de la estricta legalidad, pues sólo inciden en la vulneración del contenido constitucional del artículo 24.1 de la CE aquellas resoluciones que generan interpretaciones arbitrarias e irracionales, lo que no sucede en este caso.

   Una cosa es que una Fundación constituida para la defensa de cualesquiera intereses o para el logro de cualesquiera finalidades resulte legitimada plenamente para impugnar actos administrativos, cuando esos intereses resulten afectados o, a juicio del propio ente, deban ser defendidos, tal y como se infiere, con toda claridad, del artículo 19.1, apartados a) y b), de la Ley de esta Jurisdicción y otra bien diferente es que tal legitimación se reconozca indiferenciadamente sobre la base de perseguir fines genéricos, incluso de contenido moral, respecto de la actuación de las Administraciones públicas o la prestación de los servicios públicos, cuando, en este caso, el Acuerdo impugnado sólo incidía directamente en los participantes en la convocatoria, cuyo interés profesional sí estaba afectado.

f) Otro de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional.

Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos —reconocidos por el artículo 7 de la LOPJ, como aptos también para generar un título legitimador— se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos.

A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/1981, de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido)».

Tratándose, como aquí se trata, de la legitimación de una persona jurídica y muy concretamente de una federación empresarial que agrupa empresas de un delimitado sector cual es el financiero, se requiere para apreciar la legitimación que actúe en representación y defensa de los intereses empresariales o profesionales de sus asociados, y ello eviden-

temente no ocurre cuando impugna unos preceptos reglamentarios que se refieren a una actividad distinta de la que la caracteriza.

En el sentido expresado parece oportuna la cita de la Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 2008. En ella se perfila el concepto de legitimación en el orden contencioso-administrativo expresándose lo siguiente: «... debe tenerse en cuenta que la legitimación en el orden contencioso-administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el artículo 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [artículo 24.1 CE y artículo 19.1.a) Ley 29/1998] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29 de junio de 2004)».

Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992 y 143/1994 y ATC 327/1997).

En tal sentido y como recoge la Sentencia de 23 de mayo de 2003, «la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, [la referencia debe entenderse ahora hecha al artículo 19.1.a) de la nueva Ley de la Jurisdicción 29/1998] por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real». Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (STC 143/1987), el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1, «equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras)».

Tratándose de la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, como señala la Sentencia de 4 de febrero de 2004, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses. Pero «exige, sin embargo, que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento

impugnado (Sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001 y 12 de febrero de 2002).

Cuando se impugna la totalidad o varios preceptos de un reglamento, la legitimación debe entenderse restringida a la impugnación de aquellos preceptos de la disposición general que afecten directamente al profesional recurrente o a los intereses profesionales representados por la asociación que ejercita la acción (*v. gr.,* Sentencia, ya citada, de 12 de marzo de 2001)».

D) Objeto: alcance del control judicial del ejercicio de la actividad reglamentaria ejecutiva

El alcance del control judicial del ejercicio de la actividad reglamentaria viene delimitado por una reiterada jurisprudencia de la que es claro exponente la de 10 de marzo de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo 85/2007, según la cual: «Planteándose en este recurso el control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, conviene señalar que tal actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (artículos 97 CE, 51 Ley 30/1992 y 23 Ley 50/1997), en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público). Desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (artículos 24 y 25 Ley 50/1997), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (artículo 9.3 CE), según establece el artículo 52 de la Ley 30/1992.

Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el artículo 106 de la Constitución, en relación con el artículo 26 de la Ley 50/1997 y el artículo 1 de la Ley 29/1998 a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo».

Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la Sentencia de 28 de junio de 2004, según la cual: «además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales

del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (artículos 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (artículo 52.2 de la Ley 30/1992; LRJ y PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento».

En nuestra más reciente jurisprudencia, de la que es buena muestra la **STS de 15 de julio de 2010** (ROJ: STS 4050/2010), se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la «naturaleza de las cosas» o la esencia de las instituciones.

Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (artículos 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (artículos 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (*Cfr.* SSTS 26 de febrero y 17 de mayo de 1999 y 13 de noviembre, 29 de mayo y 9 de julio de 2001, entre otras).

En aplicación de la doctrina expuesta debe admitirse que las disposiciones reglamentarias no sólo pueden sino que deben incidir en todo aquello que resulte indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley que desarrollan. El reglamento ejecutivo no puede, sin duda, instaurar *ex novo* o agravar cargas y obligaciones no previstas en la ley que desarrolla, debiendo limitarse a establecer, sin ampliar el ámbito de la ley, aquellas normas indispensables que, bien por motivos técnicos, bien para optimizar el cumplimiento de aquélla, sean precisas para asegurar la efectividad de ésta. En ningún caso pueden limitar derechos, facultades o posibilidades contenidas en la Ley misma, pero su naturaleza de complemento indispensable para la aplicación de la ley habilita para que incluyan además de normas de organización y procedimiento, aquellas

otras que complementen disposiciones vagas o imprecisas o enunciadas en la ley sólo a nivel de principios.

E) Procedimiento

a) Cuestión prejudicial: naturaleza y competencia

La **STS de 15 de julio de 2010** (ROJ: STS 4050/2010) nos recuerda que la obligación de someter una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, prevista en el párrafo 3.º del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea «se inscribe», como se dice en la Sentencia de 12 de junio de 2008 de dicho Tribunal (asunto 458/2006, Skatteverker), «en el marco de la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su condición de ... encargados de aplicar el Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia, establecida a fin de garantizar la aplicación correcta y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros». Esta obligación tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro cualquiera una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del derecho comunitario.

La decisión de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio y está en función de la necesidad de contar con una interpretación del Derecho comunitario que se presenta como esencial para que el órgano jurisdiccional nacional pueda resolver, con absoluto respeto de ese derecho, la cuestión jurídica sometida a su decisión.

b) El ejercicio del derecho de gracia de indulto no se realiza en un proceso judicial, sino en un procedimiento administrativo controlable en vía jurisdiccional exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere

La **STS de 24 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 4934/2010) rechaza la alegación de falta de motivación del acuerdo denegatorio del indulto razonando que, a éste, no le resultan aplicables los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992 y, entre ellos, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno.

En lo que atañe a la falta de motivación del acuerdo, que se denuncia en la demanda**,** la Sala hace referencia a la constante jurisprudencia que se plasma en la Sentencia de 23 de enero de 2008, entre las más recientes, en la que se indica que «esta Sala ha declarado en Sentencia de 16 de enero de 2008 que, como se recoge en Sentencia de 12 de diciembre de 2007, existe una línea jurisprudencial reiterada, y que se recuerda, a título de ejemplo, en Sentencias de 27 de mayo de 2003, 16 de febrero de 2005 y 11 de enero de 2006, conforme a la cual el ejercicio del derecho de gracia de indulto aparece regulado en la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, que lo configura como un acto controlable en vía jurisdiccional, según hemos declarado en reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es ejemplo la Sentencia de 3 de junio de 2004, exclusivamente en lo que a los aspectos formales de tramitación se refiere, puesto que, como ya declaramos en Sentencia de 21 de mayo de 2001, el control que esta jurisdicción contencioso-adminis-

trativa puede ejercitar sobre el tipo de acto de que aquí se trata se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración; concretamente, a si se han solicitado los informes que la Ley establece como preceptivos, informes que, por otro lado, no resultan vinculantes. Y ello, puesto que el control jurisdiccional que nos corresponde es el de los elementos reglados en cuanto al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto regulado en los artículos 19 a 32 de la Ley de Indulto. No resultan, en definitiva, como venimos reiteradamente recordando, de aplicación al caso los requisitos que para los auténticos actos administrativos establece la Ley 30/1992, y entre ellos, y fundamentalmente, el de la motivación, que no es exigible en las decisiones que sobre el ejercicio del derecho de gracia se adopten por el Gobierno».

Tal jurisprudencia se apoya en la naturaleza del acto en cuestión, pues, como indican reiteradas sentencias, caso de la de 16 de febrero de 2005, «el acuerdo denegatorio de la concesión de indulto constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales y controlable exclusivamente en cuanto a sus elementos reglados por esta Sala», afirmando la Sentencia de 27 de mayo de 2003, recogida por la 10 de octubre de 2007, que «el control que nos corresponde hacer del acto del Gobierno que se somete a nuestra consideración es el de sus elementos reglados, que en este caso son los que se contienen en el capítulo III de la Ley de 18 de junio de 1870, en la redacción dada por la Ley 1 de 1988, de 14 de enero, y que regula el procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto, artículos 19 a 32 de la Ley. En consecuencia al ser un acto del Gobierno que tiene una regulación propia que se recoge en la Ley citada no le es de aplicación la Ley 30 de 1992 que según su artículo 2.º se aplica a todas las Administraciones Públicas, y, por tanto, al Consejo de Ministros cuando actúe como tal, pero no como ocurre en este caso cuando quien actúa es el Gobierno que ejercita una de las competencias que en esa condición le atribuye el apartado k) del artículo 5 de la Ley 50 de 1997, de 27 de noviembre».

La Sala rechaza también las alegaciones del actor en cuanto sostiene que la dilación producida en la adopción de la resolución denegatoria del indulto vulnera su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Recuerda la Sala que no nos encontramos ante un proceso judicial, al que se extiende ese mandato fundamental, sino ante un procedimiento administrativo que contiene en su normativa reguladora instituciones que impiden que la dilación cause daños al administrado, como son la caducidad y el silencio. Una vez transcurrido el plazo de un año desde la presentación de la solicitud de indulto nada impidió al actor entenderla desestimada por silencio, pudiendo acudir desde ese momento a la revisión jurisdiccional de la decisión denegatoria, por lo que la dilación denunciada de cinco años no sólo no vulnera ninguno de sus derechos sino que sólo a él es imputable.

c) Para la prosperabilidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial no puede exigirse como requisito la impugnación de los actos de liquidación tributaria, cuando está pendiente de dictarse la sentencia que declara o no la existencia de la infracción del derecho comunitario por el Estado español

La **STS de 14 de julio de 2010** (ROJ: STS 4328/2010) señala que no puede exigirse, como requisito para la prosperabilidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial, la impugnación de los actos de liquidación tributaria, cuando todavía no se ha dictado la

sentencia que declara la existencia de la infracción del derecho comunitario por el Estado español.

Por otra parte, la resolución comentada considera que la solicitud de devolución de ingresos indebidos sirve para interrumpir el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial. Con tal alegato mezcla el Abogado del Estado el plazo de prescripción para la devolución de los ingresos indebidos, cuatro años, con el plazo de prescripción para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial, un año desde que se produjo el hecho o el acto al que se impute el daño lesivo, artículo 4.2 del RD 429/1993, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Resulta patente que aquí no se ejercita una devolución de ingresos indebidos, sino una acción de responsabilidad patrimonial, tal fue el fundamento del planteamiento ejercitado en vía administrativa ante el Consejo de Ministros. Así lo entiende el citado órgano que razonó que el plazo de prescripción de aquella acción computaba desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Sentencia del TJCEE de 6 de octubre de 2005, declarando no conforme al derecho comunitario determinados preceptos de la Ley española reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido. Argumenta la administración en su resolución denegatoria que al formularse la reclamación el 24 de mayo de 2007 debe reputarse extemporánea. Del examen del expediente no ofrece duda que la recurrente peticionó la devolución de los ingresos reputados indebidos, al poco de dictarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005 siendo rechazada por la administración al entender que no era aplicable la meritada sentencia. Es cierto que la recurrente no impugnó jurisdiccionalmente la autoliquidación del IVA, pero sí reaccionó cuando tuvo conocimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. Con anterioridad se limitó a aceptar la aplicación de la legalidad española vigente sin que le fuere exigible una conducta tendente a poner de relieve el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones establecidas en la Directiva. Podía haber interesado la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa denegando la devolución de los ingresos indebidos pretendida mas optó por iniciar otra vía al amparo de la responsabilidad administrativa por actos del legislador que es la que finalmente ha llegado ante los Tribunales.

Significa, pues, que la conducta desarrollada en la primera vía ha interrumpido el plazo de prescripción para el ejercicio de la segunda. Independientemente de que la *actio nata* computase desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades, dado que el recurrente no fue parte en ella, el plazo se vio interrumpido por la realización de actuaciones tendentes a la obtención de la recuperación de lo reputado indebidamente pagado.

En un sentido similar se pronunció la STS de 15 de noviembre de 2006, recurso 135/2005, al admitir el ejercicio de la pretensión indemnizatoria al amparo de la LRJAPAC una vez denegada la devolución de cantidades ingresadas, en aquel caso por el gravamen complementario sobre la tributación de máquina recreativa declarado inconstitucional por STC 173/1996, de 31 de octubre. No era exigible a la recurrente, tal cual pretende el Abogado del Estado, que hubiere impugnado la autoliquidación del IVA en el momento de su realización ya que aquélla se llevó a cabo conforme a la legalidad interna entonces vigente sin que ese aquietamiento de la recurrente tenga que impedir obtener el eventual beneficio

derivado de la condena por incumplimiento al Reino de España declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

d) No cabe considerar incumplido el requisito de previa audiencia al titular registral de la finca cuando la anotación preventiva se acuerda únicamente respecto de fincas inscritas a nombre de la entidad que postula la medida cautelar, sin que la medida afecte a fincas de las que es titular la parte demandada

Según la **STS de 21 de junio de 2010** (ROJ: STS 3368/2010), no cabe considerar incumplido el requisito de previa audiencia al titular registral de la finca —artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria— cuando, como sucede en el caso examinado, la anotación preventiva se acuerda únicamente respecto de fincas inscritas a nombre de la entidad que postula la medida cautelar, sin que la medida afecte a fincas de las que es titular la parte demandada. La posterior inscripción en el Registro de la Propiedad de las fincas resultantes de reparcelación (como hecho sobrevenido) en modo alguno significa que sea contraria a derecho ni que haya quedado privada de virtualidad la anotación preventiva practicada respecto de las fincas originarias que figuraban registradas a nombre de la demandante, pues es indudable que aquella anotación preventiva practicada en su día ha podido desplegar los efectos informativos que le son propios, dando a conocer las pendencia del litigio a terceros adquirentes y a otros posibles afectados.

Lo que exige el mencionado artículo 68 del Real Decreto 1093/1997 es que antes de resolver sobre la solicitud de anotación preventiva se haya oído «... al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta». No cabe afirmar que este requisito haya sido incumplido en el caso que nos ocupa por no haber sido oída la entidad X pues la anotación preventiva acordada no venía referida a ninguna finca de la que dicha entidad fuese titular registral ya que, según se ha dicho, la anotación acordada por la Sala se refiere únicamente a las fincas de Y que era quien solicitaba la medida cautelar.

En cuanto al hecho de que con posterioridad hayan sido inscritas en el Registro de la Propiedad las fincas resultantes de reparcelación, este dato sobrevenido en modo alguno significa que sea contraria a derecho, ni que haya quedado privada de virtualidad, la anotación preventiva practicada respecto de las fincas originarias que figuraban registradas a nombre de Y. Con independencia de las modificaciones físicas y registrales resultantes de la reparcelación, es indudable que aquella anotación preventiva practicada en su día ha podido desplegar los efectos informativos que le son propios, dando a conocer las pendencias del litigio a terceros adquirentes y a otros posibles afectados.

F) Ejecución de sentencia

a) El tiempo transcurrido desde la sentencia hasta la ejecución no puede convertirse en razón que justifique el incumplimiento de lo fallado

La **STS de 20 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 4820/2010) estima el recurso de casación interpuesto contra auto de TSJ en el que se tenía por ejecutada la sentencia que estimaba el

recurso contencioso-administrativo promovido contra el acuerdo de un Ayuntamiento que resolvía el contrato por el que se adjudicaba al recurrente la recaudación de los tributos municipales y se condenaba al Ayuntamiento a reponer al recurrente en el cargo de Recaudador Municipal con todos los derechos y obligaciones que le correspondían en virtud de dicho contrato.

La Sala, a la vista de la documentación obrante, considera que el Ayuntamiento no repuso al recurrente en la posición que le correspondía y que, en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el recurrente tiene derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes. Por ello, estima el recurso de casación y establece que el Ayuntamiento debe, además de satisfacer determinada cantidad en concepto de intereses de demora, reponer en su cargo de recaudador de tributos municipales al recurrente sin que el tiempo transcurrido desde la sentencia hasta la ejecución pueda convertirse en razón que justifique el incumplimiento de lo fallado.

b) El hecho de que el recurrente fuera condenado por un delito de falsificación del título habilitante para el ejercicio de las funciones profesionales es una cuestión distinta a la debatida en el recurso contencioso-administrativo

La **STS de 9 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 4648/2010) estima el recurso de casación interpuesto contra autos del TSJ que declararon inejecutable una sentencia estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo promovido y, en cuya virtud, se declaraba el derecho del recurrente a reintegrarse a su puesto de trabajo desde una concreta fecha así como el pago de la retribución económica dejada de percibir.

La Sala, analizando la normativa y la jurisprudencia recaída en materia de inejecución de sentencias por causas de imposibilidad y tras reiterar su carácter evidentemente restrictivo, considera que el hecho de que el recurrente fuera condenado por un delito de falsificación del título habilitante para el ejercicio de las funciones profesionales para las que fue contratado por la Administración y que, en fraude de ley, le había permitido acceder al puesto de trabajo desempeñado es una cuestión distinta a la debatida en el recurso contencioso-administrativo estimado parcialmente por la sentencia cuya ejecución se pretende por el recurrente —referida a la caducidad del procedimiento de revisión de oficio de los acuerdos municipales de nombramiento del recurrente en distintos puestos administrativos— y, en consecuencia, concluye afirmando que la sentencia era perfectamente ejecutable y que como los autos dictados en ejecución de la misma no cumplieron el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo, procede la estimación del recurso de casación.

G) Extensión de efectos: lo extendido no es la doctrina contenida en la sentencia referida en el escrito inicial, sino el fallo que en ella se dicta, lo que impide que la extensión de efectos pueda fundarse en una sentencia distinta de la invocada

La extensión de efectos de las sentencias requiere que a una situación jurídica específica se le aplique la misma solución que la ya resuelta en otra sentencia. Ya el Auto del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001, al que han seguido otros muchos, se pronunció en el

sentido de que «La identidad debe ser absoluta, pues no debe olvidarse que nos hallamos ante un acto de ejecución de la sentencia, de manera que no ha lugar a exponer fundamento jurídico alguno, es decir a llevar a cabo un razonamiento jurídico declarativo, sino simplemente a sentar la identidad de situaciones jurídicas, para sin más aplicar y ejecutar el fallo de la sentencia. Esto no es posible cuando se plantean situaciones y cuestiones distintas, como ocurre en el caso de autos».

La **STS de 16 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 4773/2010) nos recuerda así que cuando el peticionario solicita la extensión de efectos de la resolución dictada en otro proceso está designando de modo indudable la resolución que pretende le sea aplicable, y ello porque reúne los requisitos materiales y formales legalmente exigibles. De este modo, el dato de referencia queda desde su inicio fijado, determinado y cerrado. El peticionario, si se dan los requisitos legales, podrá promover otro incidente en el que pretenda la extensión de efectos de otra sentencia. Pero en el incidente ya iniciado, la sentencia a «extender los efectos» ha quedado ya fijada, sin posibilidad de modificación. La resolución que se dicta ha de decidir sobre la específica extensión solicitada, y no sobre otra. La razón de ello es que lo extendido no es la doctrina contenida en la sentencia invocada, sino el fallo que en ella se dicta y, atendiendo a la específica situación jurídica contemplada, lo que impide que la extensión de efectos pueda fundarse en una sentencia distinta de la invocada en el escrito inicial.

Ahora bien, la singularidad del supuesto que nos ocupa hace que sin forzar ni alterar el anterior principio, quepa matizarlo, puesto que como ha puesto de manifiesto, en numerosas ocasiones este Tribunal, constituyendo doctrina reiterada y completamente consolidada, que excusa de citar sentencias o autos concretos, en el Derecho Tributario el elemento identificador de la cuantía a efectos de la admisión del recurso de casación es cada acto administrativo de liquidación, sin que a estos efectos tenga relevancia alguna el hecho de que por razones de economía, eficacia y celeridad, la Administración Tributaria tramite y resuelva en unidad de expediente varios actos de liquidación, porque tal acumulación no les priva de su independencia intelectual y jurídica. Por ende, si la acumulación no altera su sustancia ni independencia, de suerte que las pretensiones que se actúan responden a situaciones jurídicas individuales, se hace posible subsumir de forma independiente cada una de las pretensiones acumuladas con la situación jurídica individualizada reconocida en la sentencia cuyos efectos se pretende extender y examinar si respecto de cada una se dan las identidades que se requiere legalmente. No cuestionándose las identidades requeridas respecto de las liquidaciones referidas a los ejercicios 1996 y 1997, procede estimar el recurso en cuanto a estos ejercicios.

H) Medidas cautelares

a) La suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal, por lo que, dictada ésta, el recurso carece de objeto

La **STS de 16 de junio de 2010** (ROJ: STS 4453/2010) declara no haber lugar al recurso de casación contra el auto que acordó la suspensión cautelar puesto que recaída sentencia en la instancia, en los autos principales, no puede ya discutirse en vía cautelar la ejecución

del acto dictado por la Administración, procediendo, en su caso, únicamente, la ejecución de la sentencia o su suspensión, con arreglo al artículo 91 LJCA.

La Sala Tercera viene reiterando que, en los supuestos de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste, sino ante la ejecución de una sentencia recurrible en casación, de manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme, o si ésta no lo fuese por haber preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada.

La **STS de 29 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 4776/2010) reitera que en el caso de haberse pronunciado sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida en casación, al ser susceptible de ejecución conforme al precepto indicado, carece de significado la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, ya que no se está ante la ejecutividad de éste sino ante la ejecución de una sentencia recurrible en casación. De manera que, una vez pronunciada sentencia por la Sala de instancia, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, pues únicamente cabe solicitar la ejecución de la sentencia firme o, si ésta no lo fuese por haberse preparado recurso de casación, pedir al Tribunal de instancia que acuerde su ejecución provisional o anticipada.

En coherencia con semejante doctrina, la misma Sala en numerosas sentencias y autos (por citar sólo algunos recientes, los de 7 de diciembre de 2006, 29 de junio de 2007 y 4 de octubre de 2007, entre otros muchos) tiene declarado que «el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, en los autos principales».

Debemos añadir, como también hace el Auto de 23 de febrero de 2005 (recurso número 8526/2002), de contenido análogo al presente, que esta doctrina no supone desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 132.1 de la Ley Jurisdiccional, pues la pervivencia de las medidas cautelares «hasta que recaiga sentencia firme» es una previsión general que ha de matizarse cuando el tribunal de instancia haya dictado, por su parte, sentencia de fondo en el recurso contencioso-administrativo. En efecto, si la sentencia del órgano jurisdiccional *a quo* adquiere firmeza por no haber sido impugnada, la previsión legal del citado artículo 132.1 cobra todo su sentido. Pero si dicha sentencia fuera recurrida en casación, medio impugnatorio que carece de efectos suspensivos, y estuviese aún pendiente de fallo el previo recurso de casación deducido contra el auto inicial de medidas cautelares, este último no tiene ya objeto pues en el proceso de origen lo discutible será, a partir del pronunciamiento de fondo, la ejecución provisional de la propia sentencia.

Como también afirma en el Auto de 16 de febrero de 1999 sobre la regulación que en materia de medidas cautelares y ejecución provisional de sentencias hace la nueva Ley de la Jurisdicción, es el juez de instancia, a tenor de su artículo 83.2, «quien, no obstante la admisión de la apelación en ambos efectos, y como facultad separada y por tanto diferenciada a la de la ejecución provisional de la que se ocupa el artículo 84, puede en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, adoptar las medidas cautelares que sean perti-

nentes para asegurar la ejecución de la sentencia». Afirmaciones que se hacían en un doble sentido: a) Para concluir que «no tendría sentido que el tribunal de apelación pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la ejecución de la sentencia o acordar una ejecución provisional de ésta incompatible con aquéllas»; y b) para afirmar que «si ello es así en sede del recurso de apelación, con mayor fuerza ha de serlo en el de casación, pues a la razón lógica antes dicha se une ahora la que deriva de la especial naturaleza de este recurso extraordinario».

El tribunal de casación, en el hipotético caso de casar el auto de medidas cautelares y tener que resolver a los efectos del artículo 95.2.d) LJCA, no podría hacerlo con propiedad y sin riesgo de las contradicciones antes apuntadas juzgando sobre la pertinencia de las medidas cautelares previas denegadas en su momento, precisamente a causa del cambio habido en el desarrollo del proceso debido al pronunciamiento de la sentencia de fondo y a su provisional ejecutabilidad.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Admisión: no es recurrible en casación aquella sentencia del Tribunal Superior de Justicia dictada en un asunto de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

La **SSTS de 8 y 19 de julio de 2010** (ROJ: STS 3731/2010 y STS 4129/2010) examinan un supuesto en que aunque la competencia para conocer del recurso correspondía al Juzgado, la Sentencia que se recurre en casación fue dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia, y si bien la ley dispone que «la competencia de los Juzgados y Tribunales no será prorrogable y deberá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio» también señala que «la declaración de incompetencia ha de efectuarse antes de la sentencia».

En este caso, ni el órgano jurisdiccional de instancia ni las partes advirtieron la falta de competencia objetiva para el enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, sin que tal circunstancia haya de determinar necesariamente la anulación de la sentencia por falta de competencia del órgano que la ha dictado, pues, si bien el asunto resulta de la competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, la sentencia dictada era susceptible de recurso de apelación ante la Sala del mismo orden del Tribunal Superior de Justicia, que era plenamente competente para revisar en todos sus aspectos la que hubiera dictado el Juzgado de lo Contencioso. Afirmado que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia ha de entenderse dictada como si de segunda instancia se tratara, queda excluida del recurso de casación, pues éste sólo procede contra las sentencias dictadas en única instancia. La Sala de instancia era plenamente competente para revisar en todos sus aspectos la que hubiera dictado el Juzgado de lo Contencioso, fijando definitivamente los hechos y efectuando en relación a ellos la correspondiente interpretación jurídica de los preceptos aplicables. A ello se añaden razones de economía procesal, que aconsejan evitar la remisión de las actuaciones al Juzgado cuando ha conocido de ella la Sala como órgano de apelación.

B) Motivos

a) La incorporación al proceso —en fase casacional— de sentencias posteriores y firmes en las que se reconoce como hecho probado la existencia de una relación de causalidad entre un atentado y las lesiones sufridas por la reclamante, determina el reconocimiento de la relación de causalidad

El artículo 88.3 de la LJCA no tiene más alcance que el de conferir a la Sala del Tribunal Supremo la atribución de integrar los hechos, admitidos como probados por el Tribunal de instancia, con aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, resulten debidamente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

La **STS de 22 de junio de 2010** (ROJ: STS 4263/2010) analiza un supuesto en el que la parte actora reclamó frente al Ministerio del Interior una indemnización por una supuesta lesión de «estrés postraumático» padecida como consecuencia del atentado terrorista de Atocha del 11 de marzo de 2004.

La Audiencia Nacional rechazó su pretensión en la sentencia impugnada, por falta de acreditación del nexo causal entre las lesiones invocadas y el acto terrorista, atendiendo a la prueba pericial practicada con un resultado concluyente.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia y condena a la Administración demandada a pagar a la reclamante. Considera que, si bien no es posible revisar en casación la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, al no haber incurrido en arbitrariedad, ni en infracción de las reglas de la sana crítica, concluye que como consecuencia de la incorporación al proceso —en fase casacional— de dos sentencias posteriores y firmes dictadas, respectivamente, por las jurisdicciones laboral y penal en las que se reconoció como hecho probado la existencia de una relación de causalidad entre el atentado y las lesiones sufridas por la reclamante, resultaba obligado para la jurisdicción contenciosa el reconocimiento de dicha relación de causalidad.

La Sala hace uso de la aludida atribución de integrar los hechos con los que aparecen justificados por documentos, que no fue posible valorarlos a la Sala de instancia por haber sido traídos al proceso con el escrito de interposición del recuso de casación o con posterioridad, al tratarse de sentencias y resoluciones administrativas pronunciadas después de la fecha de esa interposición e incorporados, por tanto, a las actuaciones al amparo de lo establecido en el apartado 2 del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En definitiva, la integración por el Alto Tribunal de algunos hechos de gran relevancia para resolver no implica que el motivo de casación sea estimado, sino, antes bien, es razón para su total rechazo porque no se puede confundir la facultad atribuida a este Tribunal de casación por el apartado 3 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con los motivos de casación que se recogen en el apartado primero del mismo precepto.

Se alega, finalmente, por la recurrente que el Tribunal *a quo* ha conculcado lo establecido en los artículos 319, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 24 de la Constitución por no haber valorado las pruebas practicadas con arreglo a la sana crítica sino, por el contrario, de forma arbitraria. Tampoco este último motivo de casación puede prosperar porque la Sala sentenciadora ha expresado y razonado, de forma lógica y coherente, las conclusiones fácticas a las que ha llegado acerca de los padecimientos de

la recurrente, de donde deduce que no existe nexo causal entre éstos y el acto de terrorismo del que aquélla fue víctima. Si aceptásemos esa declaración de hechos probados por no existir otros demostrativos de lo contrario, la apreciación acerca de la inexistencia de nexo de causalidad entre el acto terrorista, en el que se vio envuelta la recurrente, y los padecimientos que ésta sufre no podríamos afirmar que resulte arbitraria o irracional, de modo que no cabe achacar a la Sala de instancia la vulneración de los indicados preceptos relativos a la valoración de las pruebas documental, pericial y testifical ni de los derechos a utilizar los medios de prueba pertinentes o a la tutela judicial efectiva, consagrados éstos en el artículo 24 de la Constitución.

Lo que sucede, según expone la Sala, es que se han producido hechos nuevos de relevancia fáctica y jurídica innegables que obligan a cambiar las conclusiones a las que llegó el Tribunal sentenciador respecto del nexo causal entre el acto terrorista, ocurrido en Madrid el 11 de marzo de 2004, y las secuelas que sufre la recurrente, lo que, por consiguiente, no implica que deba prosperar este cuarto y último motivo de casación alegado.

A efectos de decidir si los dos primeros motivos de casación invocados, anteriormente resumidos, deben o no prosperar, resulta imprescindible consignar dos hechos de singular relevancia demostrados documentalmente durante la tramitación del presente recurso de casación en virtud de los documentos presentados al amparo del artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a esta casación contencioso-administrativa de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Disposición Final Primera de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El primero de los hechos con decisivo interés para resolver el presente litigio es que en la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 31 de octubre de 2007, en el rollo 5/2005, que enjuició los hechos terroristas acaecidos en Madrid el 11 de marzo de 2004, se declara probado que Doña X resultó lesionada como consecuencia de tales hechos, a la que se le incluye en el Grupo 3 de lesionados, y requirió para su curación o estabilización 60 días, en los que estuvo totalmente impedida y quedó con la secuela de estrés postraumático, por lo que, el día 24 de noviembre de 2009, la Secretaría General de Política Social y Consumo del Ministerio de Sanidad y Política Social concedió a Doña X una ayuda económica, como incluida en el mencionado Grupo 3, a cargo del Fondo de Ayuda a la víctimas y afectados del atentado terrorista del 11 de marzo de 2004, de 2.500 euros. El otro hecho de singular trascendencia es que el Juzgado de lo Social número 8 de Madrid, en Sentencia firme de fecha 10 de enero de 2008 , dictada en los autos 500/2006, declaró que Doña X se encuentra en situación de incapacidad permanente total derivada del accidente de trabajo con derecho a ser beneficiaria de pensión extraordinaria por actos de terrorismo, conteniendo dicha sentencia, entre otros hechos probados, el siguiente: «X con fecha 11 de marzo de 2004, sobre las 7,45 horas, como todos los días laborables, se desplazaba para desarrollar su jornada laboral por cuenta de la mencionada empresa, en el tren de cercanías procedente de la localidad de Alcalá de Henares en dirección a la Estación de Atocha cuando, junto con otros muchos viajeros, sufrió las consecuencias de un atentado terrorista como consecuencia de viajar en uno de los vagones de los trenes que explosionaron con las bombas colocadas, en concreto viajaba en uno de los trenes en los que explosionaron bombas en la calle Téllez de Madrid».

A la vista de los hechos que se acaban de relatar, la Sala del Alto Tribunal estima los motivos de casación primero y segundo, esgrimidos por la representación procesal de la

recurrente, en los que se reprocha a la Sala de instancia haber infringido lo establecido en los artículos 2 y 5 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas de Terrorismo, ya que existen dos sentencias firmes que reconocen que la recurrente ha sido víctima de un acto de terrorismo, concretamente el acaecido el día 11 de marzo de 2004 en un tren en la calle Téllez de Madrid, razón por la que tiene derecho a ser indemnizada, en concepto de responsabilidad civil, por los daños físicos y psíquicos, a que alude el citado artículo 2, de acuerdo con lo establecido en este mismo precepto y en la Disposición Adicional Novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, por la que se modifica el ámbito de aplicación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, y, a su vez, en el artículo 49 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, al establecer que el ámbito temporal de aplicación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, se extiende a los hechos previstos en esta Ley acaecidos entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2004.

b) No le corresponde al Tribunal de casación la función de revisar el alcance o trascendencia que la Sala de instancia haya atribuido a un concreto elemento de juicio o de prueba si su valoración nada tiene de ilógica, irracional o absurda

La **STS de 16 de junio de 2010** (ROJ: STS 3351/2010) se refiere a un recurso de casación contra auto que deniega la suspensión de la ejecución del acto recurrido consistente en la suspensión cautelar del actor en el ejercicio de las funciones y cargos federativos como Presidente de una Federación Deportiva.

El Alto Tribunal desestima el recurso, pues no le corresponde al Tribunal de casación la función de revisar el alcance o trascendencia que la Sala de instancia haya atribuido a un concreto elemento de juicio o de prueba si su valoración, como aquí ocurre, nada tiene de ilógica, irracional o absurda. Además, porque la extralimitación denunciada de la Administración deportiva es una cuestión nada nítida, por lo que no se puede aplicar el criterio de la apariencia del buen derecho. Además, no se atribuye al actor la condición de funcionario público. Por último, si bien el efecto útil de una hipotética sentencia futura de sentido favorable al actor resultaría relativamente menoscabado, sin embargo la realidad de una perturbación grave de los intereses generales que se seguirían si se adopta la medida cautelar parece lógica de todo punto a la vista de lo que razona y expone la Sala de instancia.

Finalmente, se denuncia la infracción de una norma de Derecho autonómico, no estatal, sin incluir en su denuncia la cita de los preceptos que regulan las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, que son, claro es, los que podrían haber sido vulnerados por la decisión de la Sala de instancia.

C) Sentencias: en materia de derechos fundamentales los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Supremo constituyen jurisprudencia

La **STS de 24 de septiembre de 2010** (ROJ: STS 4804/2010) estima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ que, apartándose de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, reconoció el derecho de los padres a ejercer el derecho a la objeción de conciencia en relación con la asignatura de Educación para la Ciudadanía.

La Sala rechaza la argumentación de la Sala de instancia relativa a que en materia de derechos fundamentales los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Supremo no constituyen jurisprudencia, puntualizando a tal efecto que el deber de tutela de los derechos y libertades fundamentales corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales ordinarios, quedando encomendada al Tribunal Constitucional su protección a través del recurso de amparo «en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia» o «una vez que se haya agotado la vía judicial procedente» y que la configuración de dicha tutela jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo se ha realizado mediante un procedimiento especial en el que se potencia y favorece la posibilidad de interponer el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, asegurándose con dicha intervención última en la vía ordinaria el efecto unificador de la doctrina legal. Por ello, estima el recurso de casación al existir reiterados y constantes pronunciamientos de la Sala negando la existencia de un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo.

Fernando J. Alcantarilla Hidalgo

Revista de Derecho Administrativo
Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos

Moreno Molina, J.A.
Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2010, 496 páginas.
ISBN: 978-84-8126-765-5.

[Isabel Gallego Córcoles,
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UCLM]

El libro analiza las más recientes reformas en el Derecho español de la contratación pública introducidas como consecuencia de la crisis económica y estudia en detalle la trascendente reforma de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) llevada a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

En este sentido, son objeto de examen en el trabajo el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se creó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y el Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se creó el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

También se estudia el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que entre las medidas destinadas a favorecer la actividad empresarial reformó la LCSP con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio. Asimismo, se comentan los Reales Decretos-Ley 5/2010, de 31 de marzo y 8/2010, de 20 de mayo, y las Leyes 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, y 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Pero el principal objetivo del libro es el estudio de la Ley 34/2010, que tiene por finalidad adaptar la LCSP, la Ley de Contratos en los sectores especiales y la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa a las exigencias del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en la contratación pública. Por ello, en el libro se comenta pormenorizadamente la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modificó de forma sustancial las anteriores Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE, de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del sector público como con respecto a los contratos en los sectores especiales.

Merece destacarse el análisis que el autor del libro lleva a cabo de la decisiva jurisprudencia del TJUE en la materia, partiendo de la doctrina sentada en la Sentencia de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98, Alcatel, que estableció la obligación de los Estados de establecer recursos en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos lo más eficaces y rápidos posibles.

La parte central de la obra se dedica a la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación. Se analiza el carácter ahora potestativo del recurso especial, su ámbito de aplicación, las decisiones impugnables, la legitimación y el desarrollo del procedimiento.

Se profundiza en el trabajo en la configuración y funciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, una de las principales novedades de la Ley 34/2010. Se dedica una especial atención al régimen aplicable a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

También es objeto de análisis la supresión de la fase de adjudicación provisional de los contratos y la novedosa perfección de los contratos que altera el tradicional carácter antiformalista de la contratación pública.

El último capítulo del libro recoge una serie de consideraciones críticas sobre la Ley 34/2010, destacándose las carencias de la nueva configuración del recurso especial en materia de contratación y la falta de previsión de medidas para garantizar la rapidez y eficacia de los recursos en materia de contratación pública ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se defiende por el autor la necesidad de extensión de la posibilidad de interposición del recurso especial a todo tipo de contratos, no sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada

Derecho global de la contratación pública

MORENO MOLINA, J.A.

Ubijus, Asociación Internacional de Derecho Administrativo y Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, México D.F. (México), 2011, 119 páginas.

ISBN: 978-607-8127-06-1.

[JUANA MORCILLO MORENO,
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha]

Desde los trabajos de KINGSBURY, KRISCH y STEWART [por todos, véase «El surgimiento del Derecho administrativo global», *Revista de Derecho Público*, núm. 24 (2010)], la doctrina administrativista ha advertido el fuerte impacto del Derecho administrativo global en los ordenamientos administrativos nacionales [véanse, entre otros, MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; ALLI ARANGUREN, J.C., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004, o BALLBÉ MALLOL, M., «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, núm. 174 (2007), pp. 215 y ss.].

Uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública. En efecto, los contratos públicos han sido objeto en los últimos años no sólo de importante legislación y acuerdos internacionales, sino también de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, pasando por actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa.

El libro del profesor MORENO MOLINA reflexiona con profundidad sobre la plena vigencia de todos estos elementos caracterizadores de la «gobernanza global» en la contratación pública. En este sentido, pueden destacarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras y las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial y la OCDE.

Pero también el Derecho de la Unión Europea ha desarrollado un decisivo papel en la unificación de los procedimientos de contratación pública en los Estados miembros.

Por ello, la monografía analiza en detalle la completa legislación europea sobre contratación pública, integrada tanto por normas sustantivas (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales), como por normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación (Directivas de recursos en los contratos de obras y suministros —Directiva 89/665/CEE— y en los sectores especiales —Directiva 92/13/CEE—, modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Consejo y del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2007).

Junto a esta normativa, ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos la jurisprudencia del TJUE, que ha declarado que el

objetivo básico de todo este Derecho es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad es considerada por el Tribunal de Justicia como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a escala comunitaria (STJUE de 22 de junio de 1993, As. C-243/89).

Por lo demás, el libro del profesor MORENO MOLINA aparece publicado en una cuidada edición auspiciada por la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, el Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas y el Instituto Internacional de Derecho Público y Administrativo «Profesor Jesús González Pérez», en el número 5 de la colección «Actualidad del Derecho Administrativo en el Mundo», dirigida por los prestigiosos profesores FERNÁNDEZ RUIZ, LÓPEZ OLVERA y AUGUSTO DAMSKY.

Derecho administrativo de la información y administración transparente

GARCÍA MACHO, R. (ed.)
Marcial Pons, Madrid, 2010, 327 páginas.

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo]

Coordinada por el Profesor GARCÍA MACHO, se presenta un estudio complejo y completo de una parte del Derecho administrativo de máxima actualidad, análisis que se aborda desde muy diversas perspectivas y que ofrece una panorámica principalmente del principio de transparencia, sin duda de sumo interés.

Como explica el director de esta obra colectiva, este principio se encuentra entre los límites de los principios de democracia y de Estado de Derecho. Hoy más que nunca podemos comprobar esta disyuntiva entre la protección de datos y el derecho a la participación ciudadana y a la información.

Se trata además de un estudio que expone tanto las cuestiones generales del tema, como el estado de la cuestión en el Derecho comparado, principalmente Alemania, Italia y Estados Unidos y cuestiones particulares como el tema en ámbitos concretos tales como contratos, urbanismo, etc.

Así, comienza Karl-Peter SOMMERMANN, Catedrático de Derecho Público, Teoría del Estado y Derecho Comparado en la Universidad Alemana de Ciencias Administrativas, Speyer, explicando la exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho.

Es evidente que la transparencia de la actuación del Estado es síntoma de un Estado democrático de Derecho y que en los últimos tiempos esta importancia ha ido en aumento tanto por el impacto de las nuevas tecnologías de la información y la cultura de la comunicación como por la necesidad de fortalecer la posición del ciudadano en el complejo sistema político-administrativo.

Precisamente, entiende el citado autor que a través de la transparencia en sus tres tipos, es decir, institucional y, por tanto, la información sobre el funcionamiento de las instituciones, la procedimental, en cuanto a los actores responsables y la material, respecto al contenido de las decisiones y su motivación, es un cauce a través del cual el ciudadano puede participar en los asuntos públicos, controlar la actuación de los órganos públicos y facilitar la realización de sus derechos, concluyendo, por tanto, que la transparencia administrativa es un elemento esencial para reestablecer la confianza en el sistema democrático y salvaguardar el Estado de Derecho.

A continuación el Profesor GARCÍA MACHO analiza el derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público. Planteándose si se trata de un verdadero derecho fundamental o un derecho subjetivo, analizando el impulso dado desde el Derecho comunitario y la plasmación en diversas normas del Derecho administrativo, particularmente por lo que se refiere a los procedimientos administrativos.

Precisamente a la transparencia en los procedimientos administrativos y los nuevos modelos de Gobierno se dedica el tercer capítulo de este libro, que ha corrido a cargo del Profesor BARNÉS VÁZQUEZ. El citado autor parte en este

estudio de una premisa a destacar y es que no existe un derecho a la información, la transparencia, etc., en abstracto y con carácter general, sino que depende de cada procedimiento y, en particular, del modelo o método de regulación, evidentemente, como bien explica, no va a ser lo mismo en un procedimiento sancionador que en la evaluación estratégica ambiental. Partiendo de esta idea, se analizan diversas cuestiones relacionadas con la transparencia en distintos tipos de procedimientos decisorios, destacando lo que ha dado en llamar las distintas generaciones de procedimientos administrativos: la primera generación, referente a los actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica, la segunda generación, en cuanto a las normas administrativas aprobadas por una Administración jerárquica y la tercera por lo que actos, normas y políticas públicas elaboradas por medio de las nuevas formas de gobernanza cooperativa se refiere, ofreciendo unos cuadros explicativos al respecto muy clarificantes.

El cuarto capítulo, elaborado por el Profesor PIÑAR MAÑAS, se dedica a hallar las claves de un equilibrio necesario entre la transparencia y la protección de datos, tema que, como se ha comenzado diciendo, es en la actualidad una evidencia en el panorama de la sociedad de la información.

El autor analiza ambos aspectos: en primer lugar, la transparencia en el seno del Estado democrático —planteándose si se trata de un derecho fundamental o de un principio de actuación y destacando que sin duda la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha inclinado por la primera opción—, y la protección de datos, es decir, la publicidad y la privacidad, principalmente en el seno del Derecho comunitario y la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y concluyendo la necesidad de una ley que encuentre ese necesario equilibrio.

El paso siguiente en esta obra es el estudio del derecho administrativo de la información, comenzando nuevamente por la democracia y la información, siguiendo por la transparencia como forma de actuación de los poderes públicos, la regulación de la transparencia y las Administraciones Públicas y ciertas cuestiones que surgen en su práctica, la transparencia y las nuevas tecnologías y concluyendo con el Derecho administrativo de la información como un derecho para la democracia, y a ello dedica sus esfuerzos el Profesor LASAGABASTER.

Finalmente, lo que podría entenderse como una primera parte de este estudio, que se refiere a cuestiones generales, concluye con el sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa, capítulo en el que el Profesor BLASCO DÍAZ, analiza, por ejemplo, la influencia de otros sistemas, las distintas concepciones de la transparencia y su alcance, la transparencia como principio y obligación, donde estudia el principio democrático y la transparencia, tema reiterado en este libro, la buena administración y el control del poder, el principio general de transparencia administrativa, la transparencia y la publicidad como obligación o la transparencia y la participación, así como el acceso a la información por los ciudadanos, precisando tanto su naturaleza jurídica como lo que es en sí mismo el derecho de acceso a la información administrativa.

Una segunda parte, aunque no se haya hecho una clara división al respecto, viene de la mano del estudio del Derecho comparado, comenzando por la transparencia y el derecho a la información en el sistema italiano, expuesto por el Profesor Carlo MARZUOLI de la Unversità degli Studi di Firenze, que propone que al tema hay que darle solución no sólo desde las normas y los tribunales, sino también desde las instituciones públicas no jurisdiccionales, de tal modo que igual que hay una autoridad garante de los datos personales que asegura su confidencialidad y que la Administración tutela el interés público, falta un organismo que hago lo suyo con la transparencia.

El acceso a la información pública según la Ley alemana sobre la libertad de información, análisis que realiza el Profesor MARTÍNEZ SORIA, ley que como se propone desde la doctrina española y ya se ha señalado, es un compromiso entre las exigencias de la transparencia administrativa y la protección de datos, si bien, como bien advierte el autor, al ser entendida por la doctrina como un choque frontal al tradicional sistema administrativo alemán, aquélla se inter-

preta restrictivamente por ésta, aunque, por el contrario, la jurisprudencia ha aceptado la ley como instrumento de la sociedad de la información, aunque el Tribunal Constitucional Federal parece haber retrocedido en esta interpretación en la Sentencia de 30 de junio de 2009.

Este estudio del Derecho comparado se cierra con el sistema norteamericano analizado por la Profesor SANZ SALLA, que explica cómo a pesar de no contar con mención explícita constitucional el derecho a la información administrativa se ha ido construyendo y evolucionando en el acervo normativo de este sistema que ha servido incluso de base a otros sistemas.

Finalmente, en lo que podría concebirse como una tercera parte, esta obra se centra en el estudio concreto de la transparencia en diversos sectores y, en particular, tanto en las decisiones públicas adoptadas en entornos de complejidad científica, de lo que se encarga el Profesor ESTEVE PARDO; en el procedimiento de contratación pública, que analiza la Profesor OLLER RUBERT, y en la selección del agente urbanizador en la legislación urbanística, realizado por el Profesor DÍEZ SÁNCHEZ.

El Estado sin territorio.
Cuatro relatos de la España autonómica

SOSA WAGNER, F. Y FUERTES LÓPEZ, M.

Marcial Pons-Fundación Alonso Martín Escudero, Madrid, 2011, 252 páginas (Prólogo de Carmen Iglesias).

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo]

A través del relato de cuatro supuestos tan de actualidad como los cementerios nucleares, la luz, el agua y los bosques, nos ofrecen los autores un panorama de la problemática que encuentra el Estado para ejercitar sus competencias en su ámbito territorial, en particular, y en palabras de Carmen IGLESIAS, en el prólogo de esta obra, se trata de cómo vivimos ahora los españoles del siglo XXI en un Estado al que se le han escamoteado el control de su territorio, base de la posibilidad del ejercicio de soberanía que radica en la nación entera.

Los autores, Catedráticos de Derecho Administrativo, comienzan esta exposición con un capítulo primero que podríamos considerar introductorio, en el que nos presentan una serie de cuestiones previas y cuál será su tesis, aplicada más tarde a los cuatro relatos mencionados.

Así, sostienen desde este primer avance que su tesis es que el Estado, como consecuencia de la existencia de unos poderes locales cada vez más fuertes, se está quedando sin territorio en el que poder ejercer sus funciones, es decir, sin una de las claves que lo han definido tradicionalmente.

Sin embargo, no se limitan a exponer los problemas sino que también ofrecen posibles soluciones, y a este respecto consideran esencial el «interés general», como hilo que cose y da coherencia a las estructuras políticas.

Con anterioridad a entrar en el desarrollo de los cuatro supuestos elegidos, perfectamente seleccionados, no sólo por ejemplificar la teoría mantenida por los autores, sino también, sin duda, por su actualidad, explican la importancia que tiene y ha tenido para la modernización de las estructuras políticas el principio territorial.

Así, estiman los autores que para el Estado el territorio es objeto y fundamento de una supremacía que justifica el principio de primacía del Derecho estatal, ámbito de ejercicio de sus competencias y atribuciones, y elemento esencial para su existencia.

En apoyo de esta idea recuerdan la propia doctrina del TC en su Sentencia 27/1992, al afirmar que sin perjuicio de la aplicación de las fórmulas de colaboración o cooperación, en último caso, cuando éstas no den el fruto deseado, debe primar la eficacia de la decisión adoptada por el titular de la competencia prevalente.

Una vez sentadas las bases de esta teoría es preciso adentrase en los cuatro relatos expuestos por los autores. El primero de ellos se refiere a los cementerio nucleares, en él exponen minuciosamente y con todo lujo de detalles no sólo las sucesivas normas existentes en la materia, sino también cada uno de los pasos dado al respecto de las instancias que han decidir y que, lamentablemente, han demorado en exceso dicha decisión.

Destaca particularmente el problema en torno al que gira la esperada decisión: la ubicación de un almacén único, algo sobre lo que en el año 2004 todos los partidos políticos presentes en la Comisión de Industria y Energía acordaron por unanimidad, frente a la idea de ampliación de los existentes o la creación de almacenes en cada una de las centrales.

A pesar de esa unanimidad y de la competencia Estatal, las distintas instancias se han venido contradiciendo en el tema, llegando incluso a tratar de esgrimir competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, desconociendo con ello la doctrina del TC.

A nadie se le escapa lo sucedido en diversos municipios cuando se planteó la posibilidad de proponer por ellos la ubicación del almacén único, evidentemente obteniendo importantes ayudas en su caso.

Sin duda, como ponen de relieve los Profesores SOSA WAGNER y FUERTES, ésta es una historia que pone de manifiesto la falta de territorio del Estado actual y la dificultad para determinar qué poder público, qué Administración tiene capacidad para decidir y gestionar el interés público.

Y lo grave de este asunto queda claro cuando conocemos que España es el único país de la Unión Europea que, con centrales nucleares en funcionamiento desde los años setenta, aún carece de sistema centralizado de gestión de los residuos radiactivos de alta intensidad, lo que resulta ser una grave irresponsabilidad, pues utilizar esta técnica y, sin embargo, no contar con solución para sus residuos no es admisible.

Otro ejemplo de la teoría mantenida por los autores, es el de la luz, en este segundo relato se expone, al igual que en el primero, de forma rigurosa y detallada la evolución de este sector, particularmente desde que el Gobierno aprobara en 1983 el nuevo Plan energético nacional, así como los efectos que en nuestra normativa ha tenido la Directiva de creación del mercado interior de electricidad y la consiguiente reforma de 2007, destacando los sucesivos acontecimientos en relación con el trazado de la red y las intervención de las diversas instancias.

Nuevamente se lamentan los autores que en un tema tan crucial y necesario para los ciudadanos como es el suministro de energía y su elemento clave, la red, ofrezca nuestro sistema un panorama de madeja muy embrollada, fruto en gran medida, al igual que los otros supuestos, del desapoderamiento al Estado de su territorio.

El tercero de los relatos versa también sobre otra cuestión crucial para los ciudadanos como es el agua, si bien en este caso y debido a la fecha de publicación no han podido hacerse eco de la importantísima y reciente STC al respecto que podría ser una cierta luz de esperanza.

Finalmente, el último de los relatos se refiere a los bosques, comenzando por hacer mención a uno de los Parques Nacionales que a este respecto más problemas han presentado, los Picos de Europa, y respecto del cual el TC en dos sentencias ha contribuido a este panorama criticado desde esta obra, pues recuérdese que se consideró que la gestión, aunque se tratase de un espacio natural protegido que afecta a tres Comunidades Autónomas, correspondía a éstas en exclusiva y en ningún caso al Estado, lo que ha conllevado en la práctica importantes problemas.

Todo ello y muchas más cuestiones relacionadas con los bosques se relatan en este cuarto supuesto, destacando las consecuencias nefastas de esta fragmentación.

Concluye este magnífico libro, ejemplo de rigurosidad, minuciosidad y a su vez entretenimiento, puesto que a pesar de su gran trasfondo jurídico se relatan cuatro supuestos de la vida misma, que a todo ciudadano interesa y que en muchos casos conoce por la prensa, con unas reflexiones finales, recogidas en el capítulo tercero, alumbrando posibles soluciones, aunque desde el escepticismo y proponiendo una reflexión al respecto.

Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada

QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.)

Consejo Económico y Social de Castilla y León, Valladolid, 2011, 695 páginas.

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo]

Debe comenzarse por apuntar que esta obra colectiva, dirigida por el Profesor Tomás QUIN-

TANA, ha obtenido el Premio Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, en su edición de 2010.

Y sin duda el tema es de actualidad, no sólo para el CES de Castilla y León, sino en general, pues incluso en la actual LCSP se introduce, como respuesta a la demanda de esta colaboración, un nueva figura contractual que, por cierto, no exigían las Directivas de contratos de 2004, aunque ya a nivel europeo se atendía a esta cuestión.

En esta obra, se afronta un estudio crítico en torno a las claves evolutivas más importantes del fenómeno que se ha dado en denominar en estos últimos tiempos de colaboración, cooperación o asociación público-privada para la contratación de la construcción, financiación y explotación posterior de obras públicas, así como la gestión de servicios públicos de naturaleza diversa orientados a la satisfacción de necesidades colectivas básicas.

El estudio se realiza desde distintas perspectivas y por especialistas de diversas disciplinas, así comienza esta obra con el análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León.

En este primer capítulo, que ha corrido a cargo de la administrativista Anabelén CASARES MARCOS, se relata, en primer lugar, la evolución de la legislación española en cuanto a la colaboración público-privada, el afianzamiento de las fórmulas de esta colaboración en el ámbito internacional, la promoción por la Unión Europea al respecto, la particular previsión en la LCSP y la especial referencia al reparto competencial en la materia.

En segundo lugar, se presta atención a los problemas derivados de la introducción de consideraciones ambientales en los modelos de colaboración público-privada para la dotación y explotación de obras públicas, tema también destacado, pues la LCSP ha introducido, no sólo para este tipo contractual, sino con carácter general, la posibilidad de incluir consideraciones de este tipo, así como sociales en la contratación, lo que prevé de la Unión Europea. De este estudio se encarga el Profesor FERNÁNDEZ de GATTA SÁNCHEZ, también especialista en Derecho Administrativo.

Como ya se ha mencionado, sin embargo, la visión ofrecida de esta figura no se hace exclusivamente desde el Derecho Administrativo, ejemplo de ello es el capítulo tercero, en cuanto se centra en la perspectiva social en el marco de la colaboración público-privada, en el que los Profesores Tomás QUINTANA y Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, especialista en el último caso en Derecho Laboral, estudian aspectos tan interesantes como la lucha contra la exclusión social y la precariedad laboral desde la LCSP, las preferencias en la adjudicación y el posible desempate, los sujetos beneficiarios, las empresas de inserción y su contribución al reclutamiento de marginados sociales, etc., respondiendo a esas reglas introducidas por la LCSP en cuanto a criterios sociales, ya mencionadas en parte, además de las posibles condiciones especiales de ejecución de carácter social.

Finalmente, el Profesor Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS analiza la regulación por la LCSP de la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado.

Los recursos administrativos

ESCUIN PALOP, V. y BELANDO GARÍN, B.

Civitas, Navarra, 2011, 506 páginas.
(Prólogo del Profesor Rafael Gómez-Ferrer Morant).

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo]

Se nos presenta en este libro un panorama global respecto a un tema tan básico en esta rama del Derecho en la que están especializados los autores, es decir, el Derecho Administrativo, como son los recursos administrativos.

Son múltiples las perspectivas adoptadas en esta obra, desde la resolución de recursos como una función administrativa especial, la constitucionalidad de los recursos administrativos y el posicionamiento del Tribunal Constitucional ante la incidencia de los recursos administrativos en el derecho a la tutela judicial efectiva o las funciones de los recursos administrativos, cubrien-

do así una introducción a la materia que afronta diversos e interesantes puntos de vista.

A continuación se hace un estudio detallado del concepto y de sus elementos: sujetos y objeto de los recursos administrativos; de la legitimación, del procedimiento administrativo en vía de recurso y de la finalización de este procedimiento, lo que ofrece un análisis de los diversos componentes presentes en esta figura y su desarrollo procedimental.

En el Título II se pasa al estudio de los recursos previstos en la Ley 30/1992, es decir, el de reposición, alzada y revisión. Los recursos especiales son expuestos en el Título III, en donde se hace un estudio detallado tanto de la revisión en vía administrativa de los actos tributarios, como de los recursos en materia de contratación.

Sin embargo, la amplitud y globalidad de que está dotada esta obra lleva a sus autores a prestar atención también, en el Título IV, a los recursos administrativos a cargo de las Administraciones reguladoras, donde tras una introducción que nos adentra y aclara el tema, se analizan los medios de resolución de conflictos en materia de telecomunicaciones, el sector eléctrico, el sector del gas, el postal y el sector ferroviario.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista *Justicia Administrativa* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la Revista *Justicia Administrativa* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *redac@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. ***Otros requisitos:*** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

   LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

   ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

   RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. ***Emisión de certificados:*** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se haya integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.